برنـامج الدراسات القانـونـيـة

المدخـــل للعلوم القانونية

(نظرية القانون)

دكتــور / أحمـــد محمـــد الرفاعـــى

أستاذ القانون المدنى

وكيل كلية الحقوق

جامعة بنـها

جامعة بنها
كلية الحقوق

المدخـــل للعلوم القانونية

(نظرية القانون)

المستوى الأول – فصل دراسى أول

كود (١١٢)

دكتــور

أحمـــد محمـــد الرفاعـــى

أستاذ القانون المدنى المساعد
كلية الحقوق - جامعة بنها

٢٠٠٧/٢٠٠٨م

القسم الأول

نظريـــــة القانـــــون

تقسيـــم

سوف نقسم هذا القسم إلى خمسة أبواب وذلك على النحو التالى :

الباب الأول : نخصصه لتعريف القانون وتمييـــزه عـــن القواعـــد والعلوم الاجتماعية الأخرى.

الباب الثانى: نخصصه لبيان أقسام القـــانون وتـــصنيف القواعـــد القانونية.

الباب الثالث: نخصصه لبيان مصادر القانون.

الباب الرابع: نخصصه لتفسير القانـــــــون.

الباب الأول

تعريف القانون وتمييزه عن القواعد والعلوم الاجتماعية الأخرى

ونقسمه إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول: تعريـــف القانــــون وأهميتـــــه٠

الفصل الثانى: خصائـــــص القاعــدة القانونيـــة٠

الفصل الثالث: القانون والقواعد والعلوم الاجتماعية٠

الفصل الأول

تعريف القانون وأهميته

المبحث الأول

تعريـــف القانـــون

كلمة القانون لها معنى لغوى ومعنى اصطلاحى :

أولاً: القانون فى اللغة :

القانون يعنى فى اللغة مقياس كل شئ وطريقه[1]. وكلمة قانون مفرد قوانين وتعنى الأصول ولفظ القانون يفيد النظام، والمقصود بـــه تكرار أمر معين على وتيرة واحدة بحيث يعتبر خاضعاً لنظام ثابـــت. وبهذا المعنى أطلق لفظ القانون على النظم التى تحكم الظواهر الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية...إلخ[2]، فإذا قلت قانون رد الفعل (قـــانون نيوتن الثالث) أفاد ذلك أن كل فعل يخضع لرد فعل "مساو له فى المقدار ومضاد له فى الاتجاه "وإذا قلت قانون السكون والحركة أفاد ذلك أن كل شئ ساكن يظل ساكناً وكل شئ متحرك يبقى متحركاً ما لم تؤثر فيه قوة

---

(١) المعجم الوسيط. طبعة ١٩٨٥- الجزء الثانى ص٧٩٣. وقيل أصلها روميـــة وقيل فارسية. وورد أيضاً فى الاصطلاح أنه أمر كلى ينطبق على جميع جزئياته التى تتعرف أحكامه منه.

(٢) سليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى-١- المدخل للعلوم القانونية- الطبعة السادسة١٩٨٧-رقم٤ ص٥-٦ .

خارجية "يستمر الجسم على حالته من سكون وحركة منتظمة فى خــط مستقيم ما لم تؤثر عليه قوة خارجية" (قانون نيوتن الأول)٠

وقد كان للعرب السبق إلى استخدام كلمة القانون بمعنى القواعد التنظيمية[٣] بالرغم من أن كلمة قانون ليست من أصل عربى، فقد قيــل أنها رومية وقيل فارسية[٤]٠

وقد انتقلت كلمة "قانون" إلى لغتنا العربيــة بأصــلها اليونــانى Kanon، وتفيد مجازاً القاعدة والقدوة والمبدأ وهــى تعنــى العــصا المستقيمة، ويفسر ذلك انتقالها إلى اللغات الأخرى بمعنى "مستقيم" وقــد عبرت عنها اللغة الفرنــسية بكلمــة Droit وتقابلهــا فــى الإيطاليــة "Diritto" وفى الألمانية "Recht"٠٠٠إلأخ، فيكون بذلك القانون هو الخط الذى يميز بين الاستقامة والانحراف[٥]٠

ثانياً: القانون فى الاصطلاح :

يستعمل لفظ القانون فى الاصطلاح القانونى فى معنى عام وفى معنى خاص٠

---

(٣) فقد أطلق ابن سينا القانون فى الطب على مؤلفه فى الطب ثم تحدث الغزالى فى كتابه المستصفى عن الفن للقوانين وأطلق بن خلدون على أحد فصول مقدمته الشهيرة للاستدلال على ما فى الضمائر الخفية بالقوانين الحرفية: مختار القاضى: أصول القانون-القاهرة عام١٩٧٣-ص١٢ ٠

(٤) انظر هامش رقم(١)٠

(٥) ثروت أنيس الأسيوطى: المنهج القانون بين الرأسمالية والاشتراكية-مقال بمجلة مصر المعاصرة-عدد يوليو١٩٦٨ ص٦٦٠ وما بعدها٠

فالقانون بالمعنى العام Droit هو مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم علاقات الأفراد فى المجتمع أو هو النظام الذى تجرى وفقاً له علاقات الأشخاص فى المجتمع. أو هو مجموعة القواعد التى تجعل هذه العلاقات تسير على منوال واحد وطبقاً لنظام ثابت. وبهذا المعنى يقال أن أمراً معيناً مخالف للقانون أو مطابق له. ومن هذا المعنى العام أطلق لفظ القانون على العلم الذى يبحث فى مجموعة تلك القواعد، فيقال كلية القانون وأساتذة القانون، ومجلة القانون.

وبما أن اللغة القانونية قد استحوذت على الاصطلاح فى معناه العام بمعنى مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم علاقات الأفراد فى المجتمع. ويشمل هذا المعنى العام فى ثناياه المعنى الخاص للاصطلاح بمعنى أنه يدخل فى مفهوم القانون القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية والتى تسمى Loi (تشريع).

ولكن التشريع -كما سيرد البيان- ليس هو المصدر الوحيد الذى يعطى للقواعد القانونية قوتها الملزمة فى العمل، أى ليس هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون بمعناه العام الواسع، حتى تصدق التسوية بينهما فى الاصطلاح. ولعل أهمية التشريع بين مصادر القانون هى التى بررت الترخيص فى إطلاق اصطلاح "القانون" على التشريع، ويسرت بذلك الخلط بين القانون ذاته كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع، وبين أحد مصادره الرسمية الهامة وهو التشريع.

وإذا كان مثل هذا الخلط واجب الدفع للتمييز بين هذين المدلولين لاصطلاح "القانون"، وكان المدلول المقصود أصلاً والذى سوف نعنيه فى هذا الكتاب بإطلاق هذا الاصطلاح هو المدلول العام الواسع الذى ينصرف إلى مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع، فيراعى أن هذا الاصطلاح ينبثق عنه اصطلاح آخر مركب للدلالة على أن هذه القواعد سائدة ومطبقة فعلاً فى المجتمع، هو اصطلاح "القانون الوضعى" Le droit positif وهو اصطلاح يتحدد بالزمان والمكان على السواء، فيقال "القانون الوضعى المصرى أو الفرنسى الحالى" مثلاً، للدلالة على القانون السائد فى مصر أو فرنسا فى الآونة الحاضرة.

فالمقصود بصفة الوضعية التى تلحق قانون جماعة معينة فى وقت معين، هو توافر الصفة الإيجابية لقواعده عن طريق ما يصحبها ويؤيدها فى التطبيق من إجبار مادى معين تملكه سلطة عامة فى الجماعة[٦].

(أ) القانون الوضعى والقانون الطبيعى:

تعنى كلمة قانون - وهى مجردة عن الوصف-مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع، فإن وصفت "بوضعى" أو "طبيعى" تخصصت بمعنى معين.

---

(٦) حسن كيره: المدخل إلى القانون- منشأة المعارف بالإسكندرية- الطبعة السادسة١٩٩٣-ص١٢- الذى يرى أن اللفظ الفرنسى فى هذا الصدد أدق فى التعبير من اللفظ العربى، إذ لفظ Positif يعنى فعال أو إيجابى بالمقابلة للفظ Negatit أى سلبى، أما اللفظ العربى "وضعى"...

١- فيقصد إذن بالقانون الوضعى Droit Positif مجموعة القواعد الملزمة التى توضع سلفاً لتنظيم سلوك الأفراد فى مجتمع معين وفى مكان معين وفى زمان معين. ونتيجة أن هـذه القواعـد تكون موضوعة سلفاً أن يتمكن الأفراد من معرفتها وأن ينظموا سلوكهم على أساسها. ونتيجة أن هذه القواعد تتخصص بمكان معين وبزمان معين أنها تتغير بتغير الظروف الاجتماعية فـى بلد معين. وتلك حقيقة يسجلها علم تاريخ القـانون. فالقـانون الوضعى فى جمهورية مصر العربية غير القانون الوضعى فى الهند مثلاً، وقانوننا الوضعى المعاصر غير القانون الوضعى فى عهد الفراعنة أو فى العصور الوسطى.

٢- ويقصد بالقانون الطبيعى Droit naturel مجموعة القواعـد الدائمة التى لا تتغير بتغير الزمان أو المكان، وتعتبر القواعـد المثالية التى توجه القانون الوضعى، والتى يجب أن يتجه إلـى الأخذ بها المشرعون فى مختلف البلاد. ولنا عودة إلى مزيـد من الإيضاح بالنسبة لهذا القانون الطبيعى.

(ب) القانون المسنون والقانون غير المسنون :

يقصد بالقانون المسنون (Droit ecrit) مجموعة القواعد التـى توضع مسطورة أو مكتوبة. ويقصد بالقانون غير المسطور مجموعـة القواعد التى توضع دون أن تكون مكتوبة. وإذن فهذه التفرقة تقوم على أساس النظر إلى كيفية مجئ القاعدة وليس على أساس النظر إلى حالتها الراهنة. فإذا فرضنا مثلاً أن شخصاً قد قام بجمع القواعد العرفية فـى

كتاب فإن هذه القواعد بحالتها المادية تعتبر مكتوبة، ولكنها بالرغم من ذلك لا يصح أن تسمى بالقانون المكتوب، ذلك أن هذه القواعد حين وضعتها الجماعة لم تكتبها وإنما تناقلتها الأجيال شفاهة أو إحساساً، ومن ثم فهى تعتبر من القانون غير المسنون. وعلى العكس من ذلك فإن مجلس الشعب إذ يضع قانوناً فإنما يضعه مكتوباً. وإذن فحين تجئ هذه القاعدة تكون مكتوبة فتعتبر من القانون المسنون.

ولا شك أن القواعد المسنونة تكون أكثر انضباطاً من القواعد غير المسنونة. كما وأن القانون المسنون هو الذى يمكن أن يكون محلاً للتفسير [٧].

القانون، القاعدة القانونية، فروع القانون والنظام القانونى :

القانون هو مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم العيش فى الجماعة. وهنا نضيف أن هذا هو المعنى الدقيق للكلمة والذى تشمل كل قاعدة بصرف النظر عن مصدرها، فهو إذن المعنى العام لكلمة قانون (Droit). على أن الاصطلاح قد جرى أيضاً على أن يقصد بهذه الكلمة معنى أضيق من ذلك الذى تقدم، فتعنى حينئذ -ليس كل القواعد وإنما نوعاً واحداً منها. وسوف نعرض فيما بعد إلى ما يسمى بمصادر القانون، وسوف نعلم من هذه الدراسة أن هناك أكثر من مصدر للقاعدة، فقد تأتى عن طريق مجلس الشعب أو أية سلطة يعتبرها الدستور فى منزلته، وقد تأتى من ضمير الجماعة، وقد تأتى من غير ذلك. والنوع

---

(٧) أحمد سلامة: السابق ص١٣ .

الأول أو ما يضعه "البرلمان" يسمى فى الاصطلاح "التـشريع" (Loi) وعلى ذلك يكون التشريع نوعاً من القانون. بيد أن التعبير قـد جـرى على إطلاق تسمية "القانون" على التشريع، وأصبحنا نتحدث عن قانون السلطة القضائية، أو قانون الإصلاح الزراعى، أو قانون الوصية. وهذا الذى درج عليه التعبير صحيح. فالتشريع يعتبر قانوناً، بل هو الصورة الطبيعية والغالبة للقانون. ولكن التشريع لا يستغرق كل صور القاعدة القانونية. فالعرف قانون ولكنه ليس تشريعاً. وبناء على ذلـك يمكـن القول بأن كل تشريع يعتبر قانوناً ولكن ليس كل قانون يعتبر تشريعاً. ومن ثم يتضح أن لكلمة "قانون" مدلولين أحدهما واسع والآخر ضيق. فيعنى المدلول الأول كل قاعدة عامة ملزمة أيا ما كان مصدرها، ويعنى الثانى القاعدة العامة الملزمة التى تأتى عن طريق السلطة التشريعية.

ونحن فى دراستنا نقصد المدلول الواسع لكلمة قانون وهو يعنى مجموعة القواعد ومفردها قاعدة. وعليه تكون القاعدة القانونيـة هـى الوحدة التى يتكون منها القانون. على أنـه لـيس معنـى أن القاعـدة القانونية هى "وحدة" أن تخاطب شخصاً معيناً، فهى عامـة كـالمجموع الذى تكونه.

وإذا نظرنا إلى نشاط الإنسان فى مجتمع منظم ألفينـاه متعـدد النواحى متباين الأوجه. فقد يدخل فى علاقة مع السلطة العامـة، وقـد يدخل فى علاقة مع فرد مثله كأن يبيع أو يتزوج، أو يقتل أو يـسرق. والقانون بكل هذه الأوجه من النشاط محيط. وهو فى إحاطتـه يـضع

قواعد شتى تهدف كل منها إلى الوصول إلى غرض معين. ويجتمع كل عدد من القواعد التي تنظم موضوعاً واحداً أو مجموعة من الموضوعات المتقاربة فيما يسمى "بفرع القانون" Droit naturel فيقال القانون المدنى، أو القانون التجارى، أو قانون المرافعات، وكلها أفرع القانون.

مفهوم النظام القانونى :

والأفرع المختلفة للقانون، بما تحويه من قواعد قانونية تكون فى مجموعها ما يسمى بالنظام القانونى (Instiution Juridique). وإذن فكل القواعد التى يحويها القانون المصرى بجميع فروعه تسمى بالنظام القانونى المصرى. وهكذا يبدو التدرج واضحاً -مجموعة من القواعد تكون فروعاً فى القانون، ومجموعة من فروع القانون تكون النظام القانونى. وإذن فالنظام القانونى هو قانون واحد من الدول، أو هو شريعة واحدة من الدول.

غير أن لاصطلاح النظام القانونى معنيين ثانى وثالث. أما الثانى فكثيراً ما نصادفه فى دراسة القانون المقارن. ويقصد به مجموعة من قوانين الدول مستوحاة من مبادئ مشتركة أو يمكن تقريبها ويسود أحكامها كثير من التشابه. فمثلاً قوانين أوربا الغربية وتركيا وبعض دول أمريكا اللاتينية تكون ما يسمى بالنظام القانونى اللاتينى.

وأما المعنى الثالث فهو أخص من المعنى الأول والثانى، فهو لا يعنى قانون مجموعة بلدان، أو قانون بلد واحد، وإنما يعنى بعض من قواعد قانون البلد الواحد تنظم مسألة معينة، ولكنها تمتاز بأهمية بالغة. فكافة القواعد التى تنظم الزواج، من مرحلته التمهيدية وهى الخطبة إلى انعقاده إلى آثاره بالنسبة للأولاد وبالنسبة للزوجين، إلى إنهائه، أيا ما كان موضعها، تكون النظام القانونى للزواج. وكذلك كافة القواعد التى تحيط بشتى مشاكل الملكية تكون النظام القانونى للملكية[٨].

وقد ينتمى القانون إلى أحد النظم القانونية التى يستمد أفكاره الوضعية أو الشرائع الوضعية الأساسية منها، فمن المعروف أن النظم القانونية الوضعية الرئيسية هى النظام اللاتينى والنظام الأنجلو سكسونى أو الأنجلو أمريكى والنظام الجرمانى.

فالقانون المصرى وكذلك الفرنسى -ينتمى إلى النظام اللاتينى، بينما ينتمى القانون الإنجليزى والأمريكى إلى النظام الأنجلو سكسونى وينتمى القانون الألمانى واليابانى للنظام الجرمانى[٩].

---

(٨) أحمد سلامة: السابق. ص١٥ .

(٩) ويعتبر لفظ الشرائع الوضعية أدق من النظم الوضعية حيث توجد لكلمة نظام قانونى معانى أخرى فهو مجموع القواعد القانونية المطبقة فى بلد معين فيقال النظام القانونى الفرنسى أو المصرى، أو فى مسألة معينة فيقال النظام القانونى للزواج -انظر فى ذلك أحمد سلامة- المدخل لدراسة القانون- دار النهضة العربية ١٩٧٤ رقم٥ ص٢٠ .

القانـــــون والحــــــق :

يوجد إلى جانب مفهوم القانون مفهوم ينبثق عنه هـــو مفهـــوم الحق. فإذا كان القانون يتصدى لحكم سلوك الأفراد فى المجتمع حكماً ملزماً فإنه يعمل -أمام تشابك مصالح الأفراد وتعارضها فيما يقوم بينهم من علاقات -على تغليب بعض هذه المصالح علـــى بعــض، ووضـــع أصحاب المصالح المغلبة فى مركز ممتاز بالنسبة إلـــى غيـــرهم مـــن الأفراد، بحيث يثبت لهم حقوقاً تخولهم الاستئثار بسلطات معينة تلتـــزم الكافة باحترامها.

فقد يخول لفرد من الأفراد الاستئثار بالتسلط علـــى شـــئ مـــن الأشياء بإعطائه حقه الملكية عليه، فيضعه بذلك فى مركز ممتاز علـــى غيره الكافة باحترام حقه فى هذا التسيط.

وقد يخول القانون لفرد من الأفراد سلطة اقتضاء عمل أو امتناع من جانب شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء، فيثبت له بـــذلك حقاً قبل هذا الشخص، يجعله فى مركز ممتاز سواء بالنسبة إلى الملتزم بالعمل أو الامتناع لقدرته على اقتضاء الوفاء منه بهـــذا الالتـــزام، أو بالنسبة إلى الكافة جميعاً لانفراده دونهم قبل الملتزم بمثل هذه القدرة.

وبذلك تتفرع الحقوق عن القانون. وتلك ظـــاهرة يمتـــاز بهـــا القانون على الأخلاق كما سنرى، إذ هو لا يقنع كالأخلاق بمجرد فرض التكاليف والواجبات على الأفراد، بل يجاوز ذلك إلى تقرير الحقوق لهم وهو ما لا تفعله الأخلاق. وبذلك تحتل الحقوق أهمية كبرى فى النظام القانونى.

المبحث الثانى

أهميـــــــة القانـــــون

١ - لماذا تقوم الحاجة إلى القانون؟ القانون ظاهرة اجتماعية حتمية:

القانون ظاهرة اجتماعية، بل هو ضرورة اجتماعية، فالقـــانون والمجتمع، كما قال الرومان قرينان لا ينفصلان، فلا قانون بلا مجتمـــع ولا مجتمع بلا قانون (أو يوجد القانون كلمـــا وجـــد المجتمـــع) Ubi Societas, Ibi Jus

لا قانون بلا مجتمع :

فلأن الواقع يدلنا على أنه لا تقوم الحاجة إلى القانون إلا إذا وجد مجتمع يهدف القانون إلى تنظيم العلاقات التى تقوم بين أفـــراده٠ فلـــو تصورنا مثلاً، مع كتاب الأساطير ومؤلفو الروايات الخيالية (كما فعـــل الروائى الإنجليزى دانيال ديفو مبتدع شخصية وربنسون كروز، أم كما فعل ابن طفيل مخترع شخصية حى بن يقظان) وجود إنسان منعزل فى جزيرة مهجورة، فإن هذا الإنسان الخرافى لن يكون بحاجة إلى قـــانون يحكمه، لانعدام المجتمع الذى هو قرين القانون، لأنه لن تكون له علاقة إلا بالطبيعة والحيوانات والنباتات والجمادات التى تحيط به، ولكن لـــن تكون هناك علاقة بينه وبين غيره من الأفراد، فلا يكون هناك محل إذن لوجود القانون، لعدم تصور وجود نزاع نحتاج القانون لحله٠

لا مجتمـــع بلا قانـــون :

فلأن هذا هو ما تفرضه، وفرضته، طبائع الأشياء٠

فالإنسان، كما يقال، كائن مدنى أو اجتماعى بطبعه فهو يميـــل بغريزته، ومنذ أقدم العصور، إلى الحياة مع غيره يتقاسم وإياهم نصيبهم من الدنيا٠ وأسطورة الفرد المنعزل خرافة لا وجود لها إلا فـــى ذهـــن رواة القصص والأساطير٠ فالإنسان ذاته نتيجة اجتماع ذكـــر وأنثـــى، وهذا الاجتماع لم يتم إلا بموافقة أسرتين على إنشاء هذه العلاقـــة٠٠٠ وهكذا فإن الإنسان بفطرته يميل إلى الحياة داخل مجتمع٠

وإذا كان مقدراً على الإنسان أن يحيا داخل مجتمع، فإن طبيعـــة الأشياء تقتضى أن تقوم علاقات بين أفراد هذا المجتمع، وهذه العلاقات، سواء أكانت علاقات تنافر أم تعاون، من شأنها أن تـــؤدى إلـــى قيـــام المنازعات التى تحتاج إلى حل، لأن الإنسان بطبيعته أنانى يؤثر ذاتـــه ويرغب، قدر طاقته أو قوته، فى إشباع حاجاته اللامتناهية على حساب الموارد الموجودة والتى هى بطبيعتها محدودة٠ فهو يريد أن يتملك كل شئ، ويستأثر بكل المزايا٠ وهذا هو أساس قيام الصراع والخلافـــات، لأن الفرد قد تنتابه نزوة هوجاء، أو تحدوه أثرة جامحه، أو تغريه قـــوة طائشة فتدفعه إلى الاعتداء على ما لغيره، فإذا عزم كل إنـــسان علـــى إشباع حاجاته بهذا الشكل الأنانى فإن النتيجة الحتمية لذلك تكون هـــى التصارع والتنافر والحرب والخراب٠٠٠ فحيث يملك الكل فعـــل مـــا

يشاءون لا يملك أحد فعل شئ٠٠٠ وحيث لا سيد فالكل سيد٠٠٠ وحيث الكل سيد فالكل عبيد"[١٠]٠

وحيث تسود شريعة الغاب ومنطق القوة الذى لا يأمن فى ظلـــه أحد، مهما بلغت قوته، على شئ، لأن القوة، مهما دامت، زائلة، وظالم اليوم بقوته سيصير غداً مظلوماً بضعفه٠

وتلك حال لا يتصور أن تكون، وإن كانت فهى لا تدوم، فبـــدأ الإنسان، الكائن الوحيد الذى زوده الله بعقل دون ســـائر المخلوقـــات، والذى جبل بطبيعته على حب التطوير والارتقاء، يعمل عقله فى كيفية تفادى هذه الصراعات أو وضع حل لها٠ وهداه عقله إلى فكرة أنه لن يستطيع أن يعيش فى سلام مع الآخرين ويـــأمن علـــى نفـــسه وعلـــى ممتلكاته منهم إلا إذا أمنوا هم جانبه وهو ما لا يتأتى إلا عـــن طريـــق قبول الخضوع لبعض القواعد التى تحد من إطلاق حرية الفرد لـــصالح الآخرين كما تحد من إطلاق حريتهم لصالحه (كالقاعدة التى تقضى مثلاً بالامتناع عن الأضرار بالآخرين بقتلهم أو سرقة أموالهم أو الاعتـــداء على حرماتهم) وهذه القواعد تنقص من حرية الفـــرد لـــضمان تمتعـــه بالباقى له، فهى توفر له نصيباً من الحرية بقدر ما ترفع عنـــه جـــزءاً منها٠

---

(١٠) بوسيه، نقلاً عن حسن كيره، ص١٨ ٠

الفصل الثانى

خصائص القاعدة القانونية والجزاء عليها

المبحث الأول

خصائص القاعدة القانونية

تحليل القاعدة القانونية :

سبق أن قلنا أن القانون هو مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع. ويتضح من هـذا التعريـف أن القاعـدة القانونية هى الوحدة التى يتكون منها القانون فى مجموعـة، أى أنهـا بمثابة اللبنة الأولى فى البناء القانونى إذا جاز القول -ذلك أن القانون فى جملته ليس سوى مجموعة من القواعد المنظمة للسلوك.

ويتضح من ذلك التعريف أن للقاعدة القانونية عـدة خـصائص تتميز بها وهى :

١ - أنها قاعدة اجتماعية.

٢ - قاعدة عامة مجردة.

٣ - أنهـا ملزمـة.

ويراعى أن تحديد معنى أو خصائص القاعدة القانونية هو بمثابة تحديد معنى أو خصائص القانون لأن القانون هو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية.

ويراعى أيضاً أن هناك إجماع فقهى على الخاصتين الأولى والثانية واختلاف بالنسبة للخاصية الثالثة.

أولاً: القاعدة القانونية عامة ومجردة :

من خصائص القاعدة القانونية أنها عامة مجردة أى أنها تخاطب الأفراد بصيغة العموم سواء أكانت أمراً أم نهياً، بصفاتهم وليس بذواتهم، وأن تحيط بالوقائع بشروطها وأوصافها وليس بذواتها أيضاً. فإذا خاطبت الأفراد، فلا تذكر القاعدة شخصاً معيناً بالاسم، ولا واقعة معينة بالذات، بل بذكر الأوصاف التى يتعين بها الأشخاص المقصودون بهذا الخطاب، والشروط التى يجب توافرها فى الوقائع التى ينطبق عليها هذا الخطاب، معنى هذا أن كل شخص توافرت فيه هذه الأوصاف، وكل واقعة توافرت فيها تلك الشروط، تنطبق عليها القاعدة بصيغة التعميم[١١].

وأيضاً تعنى العمومية أن يكون الخطاب عاماً من حيث المكان بمعنى ألا ينحصر تطبيقه فى جزء معين من أجزاء الدولة دون بقية الأجزاء، بل يكون عاماً يشمل كل إقليم الدولة. فهى تتجرد إذن من حيث الأشخاص والوقائع والمكان.

---

(١١) انظر: سليمان مرقس: السابق- رقم١٠ ص١٢ .

ذلك أن القانون باعتباره مجموعة قواعد تضع نظاماً للمجتمع، وباعتباره قواعد سلوك تأمر بأمر أو مسلك معين ينبغى إتباعه. هذه القواعد توضع لحكم فروض أو حالات موجودة أو توجد تالية أى أن هذه القواعد سابقة فى وجودها على ما يواجه من فروض تخضع لحكم القانون. ونظراً لأنه من الصعوبة بمكان حصر كل ما قد يعرض فى المستقبل من مختلف الفروض والحالات الفردية غير المتناهية، وأنه ليس من السهل بالتالى وضع قواعد أمرة بشأن كل حالة وعلى كل شخص بذاته. فالنظام والاستقرار، يقتضى تحقيق المساواة بين الأفراد والوقائع وهذه المساواة لا يتيسر إقامتها ابتداء إلا على أساس الوضع الغالب فى الحياة الاجتماعية، وهو ما يحتم أن يؤخذ التكليف المتوجه إلى الأفراد بمعيار موضوعى لا شخصى، أى يلجأ فيه إلى تجريد تكون العبرة فيه بأن يكون صادراً بصيغة عامة.

معنى هذا أن العمومية تقتضى وضع الخطاب فى صيغة مجردة Abstraite، وذلك لأن القاعدة يقصد بها أن تطبق على مجموعة من الوقائع متماثلة أو على جميع الأشخاص الذين يوجدون فى ظروف واحدة. ولأن الواقع فى الحياة أن ظروف الأشخاص والوقائع تتغاير فيما بينها وتتشكل بصور مختلفة حتى أنه يندر أن يتحد شخصان أو واقعتان فى كل ظروفهما ومن جميع نواحيهما. فإذا أريد تنويع الأحكام بقدر تنوع الظروف واختلافها، وجب وضع حكم خاص لكل حالة على حده.

وظاهر أن هذا ينافى طبيعة القاعدة من حيث أنها تقتضى توجيه لخطاب بصيغة عامة.

لذلك كان لابد فى صياغة القاعدة من الارتفاع عن التفاصيل والتجاوز عن بعض الظروف الثانوية التى لاأثر لها فيما يراد ترتيبه على تلك الوقائع من نتائج قانونية، والإكتفاء عند الظروف الجوهرية التى اقتضت ترتيب تلك النتيجة، فيستطاع بذلك رد فئة كبيرة من الوقائع تكون تلك الظروف الجوهرية مشتركة بينها - وإن اختلفت فى غيرها من الظروف - إلى نموذج عام (أى وضعها فى صورة نموذج عام)، ثم يوضع لهذه المجموعة من الوقائع حكماً واحداً ينظر فيه إلى ذلك النموذج العام بقطع النظر عما قد يكون بينها من فروق ثانوية. ويعتبر هذا الحكم الموحد قاعدة عامة لأنه لا يسرى على واقعة معينة بالذات بل على مجموعة من الوقائع يكون القاسم المشترك بينها أنها تشتمل على عناصر ذلك النموذج العام أو ما يعرف بالمعيار الموضوعى. لأن صفات القانون الثبات والدوام بمعنى أنه لايقتصر على الحال بل يتناول المستقبل ولذلك فهو لايترصد بشخص بعينه أو واقعة بعينها وإنما صفة الشخص أو نوع الواقعة وهو ما يشمل عدد غير محدود.

مثال ذلك، قانون الخدمة العسكرية، يضع قاعدة قانونية لأن الخطاب فيه عام مجرد يتوجه إلى كل من تتوافر فيه فى الحال أو الإستقبال صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والقدرة البدنية، والموجودين فى إقليم الدولة.

وتهدف هذه الخاصية إلى تحقيق العدل والمساواة بين الأفراد وهذه الصفة فى القانون طبيعية، بمعنى أنه يجب ألا يميز القانون بين شخص وآخر فيخل بالمساواة والعدل وهما أساسان يجب أن تبنى عليهما كل قاعدة قانونية، ولا أن نميز بين مدينة أو أخرى فيلزم الأولى بأوامر بينما يعفى الثانية، ولا أن نميز بين واقعة وأختها، فيرتب على الأولى آثارا معينة بينما يمنعها عن الثانية. تلك هى القاعدة أو الأصل الذى مؤداه أن تكون القاعدة القانونية عامة ومجردة.

مع ذلك قد توجه القاعدة القانونية الخطاب إلى طائفة معينة دون بقية الطوائف أو إلى إقليم معين دون بقية الأقاليم إو إلى شخص بصفته ومع ذلك تبقى القاعدة عامة مجردة. ولايعد ذلك خروجا على قاعدة العمومية والتجريد. وذلك كالقاعدة التى تنظم مهنه من المهن كالمحامين أو الأطباء. ذلك أنه لايشترط فى العمومية، كما قد يتبادر إلى الذهن، أن القاعدة يجب أن تطبق على جميع الناس، بل يكفى أن تنطبق على فئة من الناس معينة بأوصافها لا بذواتها. فالعمومية تتوافر طالما انتفى التخصيص أى طالما لا تخص شخصا بعينه بالقاعدة القانونية.

وكالقاعدة التى تنظم سلطة رئيس الجمهورية تعتبر قاعدة عامة بالرغم من أنه لا يتصور أن يكون هناك أكثر من رئيس للجمهورية فى وقت واحد. فهى قاعدة قانونية لأنها تخاطب الصفة القانونية ولا تخاطب رئيسا بالذات أو فلانا بالذات كالرئيس زيد أو عبيد. وإنما هى تنظم المركز القانونى لرئيس الجمهورية بصرف النظر عن إسمه أو شكله والقاعدة باقية وعامة بالرغم من تغيير الرؤساء. فهى عامة بالرغم من

مخاطبتها لشخص واحد. ونفس الكلام ينطبق على القاعدة التى تنظم مركز رئيس الجامعة أو عميد الكلية أو رئيس مجلس الوزراء.

ثانياً: قاعــدة اجتماعيـــة :

يتضح من التعريف السابق للقانون بأنه مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع، أن القانون ظاهرة اجتماعية فلا قانون بلا مجتمع والقاعدة القانونية تنظم علاقات الأفراد داخل المجتمع، فهى تنظم علاقة الإنسان بالإنسان، بما يعنى أنها تستبعد العلاقة بين الإنس والجن أو الشياطين[١٢]. ولا تنظم العلاقة بين الإنسان والحيوان ولا تنظم العلاقة بين الإنسان وربه. فكل هذه العلاقات لا يعنى القانون (١) بتنظيمها والتدخل فيها إلا إذا تجاوزت الشخص ومست من حوله من الأفراد. هنا يتدخل المشرع حماية لهذه المخلوقات، فيتدخل ليحمى الحيوان من ظلم الإنسان وتعذيبه له. ويعاقب من يمارس الدجل والشعوذه ويدعى إتصاله بعالم الجن بهدف الكسب والثراء وابتزاز أموال الناس بالباطل أو عندما يمس الفرد عقيدة الآخرين وحرية الاعتقاد والعبادة.

يقصد أيضا بكون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية أن الحاجة لقواعد القانون لا تبدو إلا مع قيام الجماعة، حيث تظهر الحاجة إلى تنظيم علاقات أفراد هذه الجماعة بعضهم ببعض. أما خارج الجماعة أو قبلها، إن أمكن تصور مثل هذه الحال، فلا حاجة إلى نظام وبالتالى لا

(١٢) انظر مختار القاضى: السابق - ص١٩.

حاجة إلى القانون. فالإنسان مدنى بطبعه، أى هو كائن اجتماعى تدفعه غرائزه نفسها إلى الحياة داخل الجماعة لما تتيحه هذه الحياة الجماعية للإنسان من وسائل الدفاع عن بقائه وإشباع حاجاته المختلفة، ولذا لا يستطيع الفرد أن يعيش منعزلا عن بنى جنسه، وقد كان هذا سببا فى أن الحياة الاجتماعية ظهرت ملازمة فى تاريخها لتاريخ الإنسان نفسه. والحياة فى الجماعة تقتضى ضبط علاقات الأفراد وإخضاعها للقيود التى ترمى إلى تحقيق التوازن بين الجانب الفردى (الأنانى) فى طبيعة الإنسان والجانب الغيرى أو الإجتماعى فى هذه الطبيعة، وهذا هو دور القانون[١٣].

القانون والجماعة إذن لفظان متلازمان، فالقانون ثمرة المجتمع ينشأ تلقائيا من معيشة الناس بعضهم مع بعض، فحيث توجد الجماعة يوجد القانون، فإذا تصورنا مكانا لا يوجد فيه إلا شخص واحد فلا يكون ثمة قانون. فالقانون يفترض وجود واجبات وحيث لا يكون إلا شخص واحد لا يكون ثمة واجبات ولا يتصور مخالفة واجبات غير موجودة.

القانون إذن ضرورى دائما للجماعة أيا كان المذهب الذى يتبع فى تأسيس القانون. ففى كل جماعة لابد لإمكان التعايش السلمى أن توجد قواعد تبين ما يجوز فعله وما لا يجوز، وتحدد ما يجب فعله وما يجب ألا يفعل. فلا توجد جماعة بلا قانون، ومن هنا كان القانون عنصرا جوهريا فى حياة الجماعة فالقانون هو فى جوهرة ظاهرة

---

(١٣) جميل الشرقاوى: السابق - رقم ٧ ص٩.

اجتماعية، ظاهرة طبيعية أو تلقائية تنشأ من ضرورة ملازمة للجماعة البشرية، فلا يجوز اعتباره واقعة تحكمية[١٤].

وبما أن القاعدة القانونية تنظم علاقات الأفراد فى المجتمع أيا كان شكل هذه الجماعة أى بصرف النظر عن تقدم هذه الجماعة أو تأخرها[١٥]. علـــى العكس من ذلك يذهب البعض إلى أن القانون لايوجد إلا فى جماعة سياسية، أى جماعة منظمة يخضع أفرادها لسلطة عامة تملك عليهم حق الجبر والقهر[١٦].

ويترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية النتائج التالية:- أنها لا تهتم - **كقاعدة إلا بالسلوك الخارجى للإنسان فقط دون نواياه. فالقانون لا شأن له بالنوايا المحضة**- أيا كانت - فالنية المحضة، أو المجردة، التى تبقى كامنة فى نفس صاحبها بدون تعبير مباشر أو غير مباشر عنها لا يعتد بها القانون ولا يرتب عليها أى أثر[١٧].

فالقانون لا ينفذ إلى الضمير، ولا يعنى بمجرد التفكير[١٨]. فهو لا يتعدى إلى هواجس النفس، ولا يسبر أعماق السرائر ولا يتحرى

---

(١٤) أنظر: عبدالحى حجازى: السابق صـــ٢١-٢٢.
(١٥) جميل الشرقاوى: السابق نفس المكان.
(١٦) حسن كيرة: السابق صـــ٢٦
(١٧) المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤. قضية رقم ١٠٥ لـــسنة ١٢.ق (دستورية) - المحاماة - الـــسنة ٣٣ - ديـــسمبر ١٩٩٤ - جـــــ٣ صـــ٩٦ رقم ٢٦.
(١٨) محمد على عرفه: السابق صـــ٣٠.

خلجات الضمير وما توسوس به الصدور، لتظل بذلك النوايا الخفية المحضة، مهما انطوت على خبث أو شر، بمنأى عن القانون. فقد تراود الفرد منا أخس الأحاسيس بل وأحقر المقاصد، ولكن طالما أن الأمر لا يتجاوز حيز النفس أو النية، فإن القانون لا يتدخل[١٩].

وكون القانون لا يهتم بالنوايا، لا يعنى هذا أن القانون لا يعول على الدوافع النفسية عند الأفراد، إذ هو يقدر أفعال الناس وفقا لإرادتهم ونواياهم. فلا مراء فى أنه عند الحكم على القيمة القانونية لأفعال الفرد تكون الناحية الداخلية لهذه الأفعال ذات أهمية خاصة. أى أن القانون يعتد بالإرادة وبالنوايا التى أدت إلى هذه الأفعال. فالنتائج القانونية التى تترتب على فعل ما تختلف بحسب ما إذا كان هذا الفعل قد وقع بحسن نية أو بسوء نية. فى الناحية الجنائية يختلف أثر الفعل الذى اقترن بسبق الإصرار عن الفعل الذى لم يسبقه إصرار أو فى التمييز بين الخطأ العمدى والخطأ غير العمدى. وفى الناحية المدنية نجد أنه فى مجال الحيازة واكتساب الحقوق بوضع اليد تترتب آثار على ما إذا كان وضع اليد قد تم بحسن نية أو بسوء نية[٢٠]. وفى نظرية السبب والغش والتفسير للعقود حيث نص المشرع على أنه يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين[٢١]. وكذلك ما أوجبه المشرع من أنه يجب تنفيذ العقود بحسن نية[٢٢]. وعلى ذلك يكون معنى أن القانون لا يعتد إلا

---

(١٩) عبدالفتاح عبدالباقى: السابق، رقم ٣ صـــ١٠.
(٢٠) مادة ٩٦٨، والمادة ٩٦٩ مدنى.
(٢١) مادة ٢/١٥٠ مدنى.
(٢٢) مادة ١٤٨ مدنى.

بالسلوك الخارجى أن القـــانون لا يدخل فى اعتباره الدوافع النفسية فى ذاتها، التى تظل كامنة فى ضمير الشخص ولا تظهر إلى الحيز الخارجى. فالشعور والرغبة والعقيدة العلمية والأمانى والميل الدينى، والفكر والشعور الداخلى. فمادام الفرد فى نطاق حياته الداخلية لا يتصور تعارض مصالح أو تصادم نشاط. وبذلك يظل خارج نطاق القانون أفعال الشخص فى مواجهة نفسه مادامت لا تمس الغير ولو بطريق غير مباشر، بمعنى أنه ما تكاد هذه الأعمال تؤثر فى الغير بأية صورة حتى تقع تحت طائلة القانون. فانتحار الشخص يكون الأصل خارج نطاق القانون. ومع ذلك يمكن أن يقع تحت طائلة القانون إذا كان المنتحر مؤمنا على حياته. وكذلك غير معاقب على ما يصنعه الشخص بجسمه من أضرار. ومع ذلك يمكن أن يخضع لحكم القانون الفعل نفسه إذا كان قد تم بقصد التهرب من الخدمة العسكرية لأن الأضرار هنا تمتد إلى الجماعة ولا تقتصر على الشخص خاصة[٢٣].

لهذا لا يجوز للقانون أن يفرض مشاعر أو آراء فيجعل من الحب أو الميل أو العقيدة محلا لأوامره ونواهيه وأن قواعد يكون لها مثل هذا المضمون تكون غير ذات قيمة قانونية[٢٤].

ثالثاً: القاعدة القانونية ملزمة :

يجمع الفقه على خاصة الإلزام للقاعدة القانونية على عكس بقية الخصائص. فيجب أن يكون القانون مزودا بالقوة التى تفرض احترامه

---

(٢٣) انظر: عبدالحى حجازى: السابق - صـــ٣٥.
(٢٤) انظر: عبدالحى حجازى: السابق - صـــ٢٤.

وتوجب إطاعته. ذلك أن القانون وجد لمنع وقوع الخطأ فيجب أن تكون لديه الوسائل التى تكفل له ذلك. وإن قانونا لا يمكن حمل الناس على احترامه بالقوة لا يعد قانونا إلا من حيث الظاهر فقط، هو - كما يقول ايهرنج - نار لا تحرق ونور لا يضئ[٢٥].

ذلك أنه ليس من شأن القانون أن يسدى النصح والإرشاد إذا ما وافقت قواعده هواهم أو مصالحهم اتبعوه وإن لم تلق ارتياحهم عدلوا عنه وضربوا بأحكامه عرض الحائط. بل أن قواعده تتخذ شكل الأمر الذى يجب تنفيذه أو النهى التى يجب الانتهاء عنه - وأنه لا يمكن بحال من الأحوال أن يقتصر الجزاء على مجرد السخط أو الاستهجان أو الازدراء. لأن معنى ذلك انتشار الفوضى وشيوع الإدعاء والتحكم وسيادة شريعة الغاب، والقضاء على القانون فى الوقت الذى يجب فيه تأكيد سلطانه. فالقانون الذى يحبب للأفراد اتباع قواعده ولا يلزمهم بها يكون فى ذات الوقت قد أنكر بنفسه علة وجوده. لهذا فإنه يجب أن تصدر القاعدة القانونية - التى تهدف لتنظيم العيش فى الجماعة - فى شكل ملزم حتى يستقيم نظام الجماعة ويستقر حكم العدل فيها. من أجل ذلك تحتم أن توجد سلطة عامة فى الجماعة مختصة يعهد إليها بكفالة احترام القانون، عن طريق احتكار حق توقيع الجزاء بما يخضع لها من قوى مادية قاهرة يستعصى على الأفراد مقاومتها[٢٦].

---

(٢٥) عبدالحى حجازى: السابق - رقم ١٢ صـــ٢٥.
(٢٦) فى هذا المعنى: حسن كيرة: السابق - رقم ١٣ صـــــ٣٦.

والمشرع الحصيف هو من يتبع القول المأثور: إذا أردت أن تطاع فمر بما يستطاع.

فهذا القول يملى على المشرع منهجا معقولا ويحذره من المغالاة فى الأمر فتكثر بالتبعية مظاهر عدم طاعته(٢٧). فالمشرع النابه هو الذى يأخذ فى اعتباره أن القاعدة القانونية وضعت لتواجه مشكلة اجتماعية، فيجب أن تتفق مع ظروف المجتمع الاقتصادية والاجتماعية والحضارية وغيرها(٢٨).

ففكرة الجزاء تعنى إذن إمكان حمل الأفراد جبرا على طاعة القواعد القانونية إن لم يطيعوها اختيارا، وهو مايعطى للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون. فالإجبار الذى يصحب القواعد القانونية يتميز إذن بأنه مادى محسوس أى بأنه خارجى ظاهر - وبأنه دنيوى يوقع فى الحياة الدنيا لافى الآخرة ويتميز كذلك بأنه إجبار منظم تتولى سلطة عامة مختصة توقيعه بإسم الجماعة، وهى عادة السلطة التنفيذية فى الدولة، وذلك بعد التثبت من وقوع المخالفة بواسطة سلطة أخرى مختصة هى السلطة القضائية. ومن ثم فالإجبار الذى يكفل احترام القواعد القانونية إنما تختص به السلطات العامة فى الجماعة وتحتكر توقيعه بإسم هذه الجماعة دون أن يستقل بتوقيعه الأفراد أنفسهم. ولذلك عرف هذا الإجبار بإسم الإجبار العام أو الجماعى. ذلك أنه قد اندثر منذ

---

(٢٧) أحمد سلامة: السابق - صـ٢٤.
(٢٨) نعمان جمعة: السابق - صـ٤٦.

قديم عهد القصاص الفردى حيث كان يأخذ الفرد العدل لنفسه بنفسه فيحتكر حق ممارسة الإجبار وتوقيعه لحسابه الخاص[٢٩].

وإذا كان الأصل أن تتولى السلطة العامة المختصة والتى نيط بها توقيع الجزاء احتراما للقانون وأنه لايجوز للفرد أن يقوم هو بتوقيع الجـــزاء لمصلحتــه إلا أن هنـــاك حـــالات يجوز للفرد فيها أن يتولى تطبيق الجزاء بنفسه على سبيل الاستثناء. كما هو الحال فى حالة الدفاع الشرعى. حيث يجوز للشخص الدفاع عن نفسه أو ماله بالقوة ضد أى اعتداء يقع على النفس أو المال إذا توافرت شروط الدفاع الشرعى وحدوده دون مجاوزة. وكذلك الحق فى الحبس، أى حق كل من يكون دائنا أو مدينا، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه طالما لم يعرض الطرف الآخر الوفاء بما عليه من التزام، مادام توافر الترابط بين الالتزامين[٣٠]. فمثلا إذا قمت بإصلاح السيارة لدى ورشة ميكانيكا وقام العامل بإصلاح العطل ولكنك امتنعت عن دفع أجرة الإصلاح فمن حق العامل حبس السيارة وعدم تسليمها إليك حتى تدفع له أجرة الإصلاح. أو إذا اشتريت شيئا، ولم يقم البائع بتسليمه إليك كان لك أن تمتنع عن دفع الثمن وهو مايسمى بالدفع بعدم التنفيذ.

---

(٢٩) حسن كيرة: السابق - صـــ٣٧.
(٣٠) مادة ٢٤٦ مدنى.

المبحث الثانى

صـــــــور الجـــــــزاء

الجزاء هو الأثر الذى يترتب وفقا للقانون على مخالفة القاعدة القـــانونية(٣١). وهو، بهذا الاعتبار يتمثل فى "كافة الوسائل والإجراءات التى تتخذها الدولة - ممثلة فى سلطاتها المختلفة - لضمان نفاذ القاعدة القانونية وفعاليتها، وسواء أكان ذلك عن طريق منع وقوع المخالفة أصلا، أو عن طريق معالجة الوضع الذى أدت إليه المخالفة، أو عن طريق ردع من قام بمخالفة القانون وإعادة إصلاحه(٣٢).

---

(٣١)سليمان مرقس: السابق - رقم ١١ ص١٧، أحمد سلامة: السابق - رقم ١٥ ص٢٦.

(٣٢)نور فرحات: ص٤١ - أشار إليه جلال إبراهيم: السابق - ص٤٥. وكان بنتام يرى أن جزاء القاعدة القانونية لايشترط أن يكون أثرا يترتب على مخالفتها= كالعقوبة أو البطلان، بل يجوز أن يكون أثرا يترتب على اتباعها كالمكافأة، لأن الرغبة فى الحصول على المكافأة تكفى إلى حد ما لحمل الناس على اتباع القاعدة والسير على النظام الذى قصد المشرع تحقيقه. غير أن الرأى السائد الآن أن الجزاء لايكون إلا أثرا يترتب على مخالفة القاعدة، وأنه لايكفى فيه ترتيب أثر على اتباعها، لأن الغرض منه ضمان عدم مخالفة القاعدة بردع المخالف وزجر غيره، ولأنه لو اقتصر الجزاء على مكافأة من يتبع القاعدة فإن ذلك يترك للمخاطب حرية عدم اتباعها ويجعل الخطاب غير ملزم للمخاطب ولايتحقق معه النظام المقصود من وضع القاعدة. سليمان مرقس: السابق - ص١٧ - هامش رقم ٢٦. وكذلك على هذا الرأى أحمد سلامة: السابق - رقم ١٥ ص٢٥.

وتتمثل صور الجزاء فى :

١ - الجزاء الجنائى:

هو العقوبة التى توقع على من يخالف قواعد قانون العقوبات وتتمثل فى جزاء مادى يلحق بالشخص أو بحريته أو بذمته المالية. ومثال الأولى الإعدام ومثال الثانية الحبس والسجن، ومثال الثالثة الغرامة والمصادرة.

فالمخالفة لأحكام قانون العقوبات[٣٣]. تشكل جريمة وهذه الجرائم تنقسم إلى جنايات وجنح ومخالفات وتتدرج عقوباتها حسب تدرج خطورة الفعل.

فالجنايات[٣٤]. هى الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية:

- الإعدام.
- السجن المؤبد.
- السجن المشدد.

الجنح[٣٥]. هى الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية:

- الحبس.
- الغرامة التى يزيد أقصى مقدارها مائة جنيه.

---

(٣٣) قانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ بإصدار قانون العقوبات - الوقائع المصرية - العدد ٧١ الصادر فى ٥ أغسطس ١٩٣٧ - معدل بالقانون رقم ٢٨٣ لسنة ١٩٥٦.

(٣٤) مادة١٠ من قانون العقوبات-معدلة بالقانون رقم١٣٩ لسنة٢٠٠٣ (الجريدة الرسمية فى ٢٠٠٣/٦/١٩).

(٣٥) مادة ١١ معدلة بالقرار بقانون ١٦٩ لسنة ١٩٨١ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٤ الصادر فى ٤ نوفمبر لسنة ١٩٨١.

المخالفات[٣٦]. هى الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التى لايزيد مقدارها على مائة جنيه.

ويرجع السبب فى أن هذه العقوبات تعتبر أشد العقوبات لأن هذه الجرائم تمثل اعتداء على حق المجتمع كله فى الأمن والسلامة. فقواعد القانون الجنائى تحمى إذن مصلحة عامة.

ونظرا لشدة هذا الجزاء الجنائى فإنه من المقرر أنه لايمكن تطبيق عقوبة أو جريمة غير منصوص عليها فى قانون العقوبات وهو المبدأ المعروف بمبدأ "لاجريمة ولاعقوبة بدون نص" والذى نص عليه فى القرآن الكريم قال تعالى "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا".

وتسمى هذه العقوبات بالعقوبات الأصلية، ولكن يوجد إلى جانبها عقوبات تبعية وتتمثل **هذه العقوبات التبيعة فى** :

أولا: الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها فى المادة ٢٥.

ثانيا: العزل من الوظائف الأميرية.

ثالثا: وضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس.

رابعا: المصادرة.

حيث تقضى المادة ٢٥ على الحقوق والمزايا التى يحرم منها الجانى المحكوم عليه بعقوبة جناية فقد نصت على أنه

---

(٣٦) مادة ١٢ معدلة بالقرار بقانون ١٦٩ لسنة ١٩٨١ - الجريدة الرسمية العدد ٤٤ الصادر فى ٤ نوفمبر لسنة ١٩٨١.

كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية:

أولا: القبول فى أية خدمة فى الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أيا كانت أهمية الخدمة.

ثانيا: التحلى برتبة أو نيشان.

ثالثا: الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الإستدلال.

٢ - الجزاء المدنى:

فهو الذى يوقع على من يخالف قاعدة تحمى مصلحة خاصة أو حقا خاصا[٣٧]. أو الجزاء الذى يوقع فى حالة مخالفة القواعد المدنية[٣٨].فهو كل أثر آخر - بخلاف العقوبة الجنائية - يرتبه القانون على مخالفة القاعدة القانونية[٣٩].

وقد يجتمع هذا الجزاء المدنى مع الجزاء الجنائى وقد يكون مستقلا عنه وهذا هو الأصل. فقد يجتمع الجزاء الجنائى والمدنى فى نفس الصورة. عندما يحكم بالتعويض إلى جانب العقوبة الجنائية، فمن يقتل شخصا عمدا مع سبق الإصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالإعدام، وقد يلزم فوق ذلك بأن يدفع إلى ورثة القتيل مبلغا من المال على سبيل التعويض. ومن اختلس مالا مملوكا لغيره يعاقب بالحبس مع

---

(٣٧) أحمد سلامة: السابق - نفس المكان.
(٣٨) حسام الأهوانى: السابق - ص١٨.
(٣٩) سليمان مرقس: السابق - رقم ١٤ ص٢٦.

الشغل، ويلزم فوق ذلك برد الشئ المسروق أو التعويض عنه أن تعذر الرد. ومن قذف فى حق آخر ينال العقاب الجنائى، وقد يلزم بتعويض المقذوف فى حقه تعويضا ماليا.

صور الجزاء المدنى:

من صور الجزاء التنفيذ العينى والتعويض والبطلان والفسخ والغرامة التهديدية.

<u>١ - التنفيذ الجبرى:</u>

المفروض أن يقوم المدين بتنفيذ الإلتزام طواعية واختيارا، فإذا لم يقم المدين بالتنفيذ باختياره استطاع الدائن، متى كان دائنا بالتزام مدنى الطبيعى، أن يجبره على التنفيذ. وهذا هو التنفيذ الجبرى أو القهرى.

ويتميز التنفيذ الجبرى بخصائص ثلاث: فهو عام ومدنى ويقع على مال المدين لا جمسه.

فالتنفيذ القهرى هو عام، بمعنى أن الذى يملك القهر هى السلطة العامة. فليس للدائن أن يأخذ حقه بيده، بل أن السلطات العامة هى التى تستطيع جبر المدين على الوفاء. وتتدخل السلطات العامة إما عن طريق القضاء، أو عن طريق الموثق الرسمى للعقود. فإذا لم يكن فى يد الدائن سند رسمى محرر أمام موثق عام Notaire كان عليه أن يلجأ إلى القضاء ليستصدر حكما يستطيع التنفيذ به. أما السندات الرسمية الموثقة

فيوضع عليها أمر التنفيذ دون حاجة إلى حكم. وبدون هذا لايستطيع الدائن قهر المدين على الوفاء، سواء أكان يطلب التنفيذ العينى أم التنفيذ عن طريق التعويض. وضرورة الالتجاء إلى السلطة العامة لاقتضاء التنفيذ القهرى قاعدة من قواعد النظام العام التى لايجوز الخروج عليها، ويبطل كل اتفاق على ما يخالفها.

والتنفيذ القهرى هو من ناحية أخرى تنفيذ أو قهر مدنى Civil ذلك أن الإخلال بالإلتزام لاينشئ جريمة ولايرتب جزاء جنائيا. فالمدين الذى لاينفذ التزامه لايمكن عقابه، إلا فى حالات استثنائية اعتبر فيها عدم تنفيذ الالتزام المدنى جريمة فى نفس الوقت[٤٠]. فى غير هذه الحالات الخاصة فإن القهر La Contrainte هو قهر مدنى بحت.

والتنفيذ القهرى يقع على أموال المدين لاشخصه. فالإكراه البدنى، أى الإكراه الواقع على جسم المدين لم يعد هو الوسيلة إلى إجبار المدين على الوفاء. بعكس الحال فى المجتمعات القديمة. ففى المجتمعات القديمة كانت الجزاءات تتسم بالشدة، وكانت أغلبها فى صورة العقوبة، ولم يكن هناك فصل بين جسم الشخص وأمواله، ولذا كان القانون الرومانى، مثلا، يبيح تسليم المدين الذى لايدفع دينه إلى دائنه ليحبسه أو ليبيعه رقيقا أو حتى ليقتله، ثم بدأ الفصل بين جسم المدين

---

(٤٠)عبدالمنعم البدراوى: النظرية العامة للالتزامات - الجزء الثانى - أحكام الالتزام ١٩٩٣- بدون ناشر - رقم ٢ ص٨.

وأمواله (ذمته) حتى انتهى الأمر إلى حصر مسئولية المدين عن ديونه فى أمواله وحدها[٤١].

يجب ملاحظة أن هناك بعض الجزاءات الجنائية تطبق فى صدد بعض المسائل المدنية التى يجب أن تحكم أصلا بجزاء مدنى مثال ذلك الإكراه البدنى فى دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن:

فالأصل أن الإكراه البدنى غير جائز فى القانون المدنى المصرى. فالمدين يلتزم فى ماله لا فى شخصه. فلا يجوز الإكراه البدنى فى المواد المدنية والتجارية. ولكنه يجوز فى بعض مسائل الأحوال الشخصية.

ولقد نصت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. ونصها كالآتى "إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاع أو المسكن، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى بدائرتها محل التنفيذ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به، وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه، ولايجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما...." وقد قدر القانون مالدين النفقة من أهمية خاصة ولذا إذا امتنع المحكوم عليه عن الوفاء

---

(٤١) جميل الشرقاوى: السابق - ص١٩.

وكان قادرا عليه - حكم عليه بالحبس - وهذه استثناءات محددة. فالقاعدة العامة أن الإكراه البدنى غير جائز فى القانون المدنى.

٢ - التنفيذ العينى:

ويتمثل ذلك فى الزام المدين بتنفيذ عين ما التزم به. فمن يلتزم بتوريد كمية من الحبوب إلى الغير وينكل عن الوفاء بالتزامه يمكن للقاضى أن يلزمه بتوريد هذه الكمية المتفق عليها. ومن يلتزم بتسليم عين معينة ولايسلمها. يلزم بتسليم العين كإلزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر.

٣ - التعويض:

ويسمى أيضا بالتنفيذ بمقابل، ويقصد به إلزام المسئول بدفع مبلغ من المال للمضرور يعادل قيمة الضرر الذى ألحقه به. فكما سبق القول أن الأصل هو التنفيذ العينى، أى أن الأصل أن المدين يلتزم بتنفيذ التزامه عينا. ولايجوز للدائن مطالبة المدين أولا بغير التنفيذ العينى وأن عرض المدين التنفيذ العينى فليس للدائن أن يطالبه بالتنفيذ بمقابل (أى التنفيذ بطريق التعويض).

ولكن قد يكون التنفيذ العينى مستحيلا أو قد يكون فيه إرهاق للمدين أو قد يكون فى التنفيذ العينى مساس بالحرية الشخصية للمدين. فى هذه الحالات لايمكن التنفيذ العينى ولذلك يلجأ للتنفيذ بمقابل أو التنفيذ

بطريق التعويض أى بدفع مبلغ من المال للمضرور يعادل قيمة الضرر الذى لحق بالمضرور.

والتعويض قد يكون قضائياً، يقدره القاضى ويحكم به، وقد يكون قانونياً ينص عليه المشرع نفسه، كما فى دعوى ضمان الإستحقاق مادة ٤٤٣ مدنى، فيحدد عناصره التى يحسب على أساسها. وقد يكون التعويض اتفاقيا، وهو مايسمى بالشرط الجزائى، حيث يتفق عليه الطرفان ويقدران مقدار التعويض الواجب مقدما. والأصل أن يكون مقدار التعويض متناسبا مع الضرر الذى يصيب الطرف الآخر.

٤ - الغرامة التهديدية:

هى وسيلة غير مباشرة يقصد منها حث المدين وإجباره على تنفيذ التزامه عينا[٤٢]. قد يتمثل الجزاء المدنى فى اتخاذ إجراء من شأنه أن يحمل الشخص على أن يتراجع فى مخالفته. فإذا تعاقدت مع فنان لكى يغنى فى ملهى كل ليلة ولكنه امتنع فهنا لايعقل أن نكره المغنى على الغناء بالقوة، ولكن يمكن أن نقول له: إذا لم تغن تلتزم بأن تدفع مبلغ كذا كل ليلة على سبيل التعويض. وكثيرا ما تنجح هذه الوسيلة - التى تسمى بالغرامة التهديدية فى حملة على الغناء. ويشترط لهذه الغرامة التهديدية أنه يجب أن يكون التنفيذ العينى للالتزام لا يزال

---

(٤٢) محمد عمران: الوجيز فى آثار الالتزام - مكتبة سعيد رأفت ١٩٨٤. ص٢٠.
بإلزامه بأن يدفع مبلغا من المال يقابل مالحق المتعاقد الآخر من خسارة وما فاته من كسب، وهو مايسمى بالتعويض كما سبق أن قلنا.

ممكنا، ويجب أن يكون التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين، أى يجب أن يكون تدخل المدين شخصيا لأجل تنفيذ الإلتزام.

وقد نصت المادة ٢١٣ مدنى على أنه:

١- إذا كان تنفيذ الإلتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك.
٢- وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا لذلك.

<u>٥- إزالة المخالفة:</u>

فقد يتخذ الجزاء المدنى صورة محو أثر المخالفة أى إزالة كل أثر ترتب على مخالفة القانون إن كانت الإزالة تدخل فى حيز الإمكان. مما يستتبع إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع هذه المخالفة. كسد المطلات المفتوحة على مسافة تقل عن المسافة القانونية المسموح بها، أو هدم الأبنية المقامة خارج خط التنظيم.

<u>٦- البطلان Nullite:</u>

يقصد بالبطلان اعتبار التصرف الصادر بالمخالفة لنص القانون كأن لم يكن، وإعادة الحال إلى ما كان عليه. فهو جزاء على عدم توافر أركان العقد من محل وسبب، أو مخالفة العقد للنظام العام والآداب

العامة. فإذا لم تتوافر فى التصرف أركانه كما لو تخلف ركن المحل فى العقد، أو أبرم عقد بالمخالفة للنظام العام، كان يشترى شخص منزلا أو يستأجره بقصد إدارته أو استغلاله فى الدعارة. أو عدم اتباع شكلية معينة نص عليها القانون، كما لو تمت هبة العقار بشكل غير رسمى فيكون التصرف باطلا لأن المادة ٤٨٨ تستلزم أن تتم الهبة فى هذه الحالة بورقة رسمية. وكذلك بطلان تصرفات الصغير غير المميز (م١١٠ مدنى). وهذا البطلان يستوجب اعتبار التصرف كأن لم يكن ويتعين إعادة الحال إلى ما كان عليه. هذا البطلان لاترد عليه الإجازة ويستطيع كل ذو مصلحة أن يطلب الحكم به وللقاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه ويسمى هذا البطلان بالبطلان المطلق.

على أن هناك نوع آخر من البطلان هو البطلان النسبى، وفيه يكون العقد قابلا للإبطال ولا يقضى به إلا إذا طلب صاحب المصلحة هذا البطلان ولا يستطيع أحد غيره أن يطلبه. وإذا طلبه صاحب المصلحة يقضى به القاضى بناء على هذا الطلب، حيث لا يستطيع القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه، وإذا لم يطلب البطلان فالعقد يكون صحيحا، أما إذا طلب وقضى به يتعين إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وإزالة كل أثر للتصرف المقضى ببطلانه. ويتقرر هذا البطلان النسبى كجزاء لنقص أهلية أحد المتعاقدين أو بسبب توافر عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو بنص خاص فى القانون كبطلان بيع ملك الغير.

٧- الفســـــــخ:

وهو جزاء يترتب على إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية وهو جزاء يرد على التصرف أو عقد استكمل أركانه وشروطه فهو صحيح، ولكن وفى أثناء التنفيذ للعقد أخل أحد الأطراف بتنفيذ الالتزامات الملقاه على عاتقه، فيكون من حق الطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد كجزاء على عدم التنفيذ والفسخ قد يكون قضائياً أى لابد أن يحكم به القضاء، وقد يكون اتفاقيا فيفسخ العقد بدون حاجة لطلبه من القضاء ولكن يجب إعذار الطرف الآخر، وقد يفسخ العقد تلقائيا بمجرد الإخلال دون حاجة إلى حكم أو أعذار. وقد يكون الفسخ قانونيا حيث ينص عليه المشرع نفسه.

وللفسخ كقاعدة عامة أثر رجعى بمقتضاه يجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كان عليها قبل التعاقد، فيلتزم كل طرف بأن يرد للآخر ما حصل عليه منه بمقتضى العقد، وهناك استثناء على هذه القاعدة.

٣- الجــــزاء الإدارى:

يوجد إلى جانب الجزاء الجنائى والجزاء المدنى نوع آخر من الجزاءات هو الجزاء الإدارى وهو عبارة عن جزاء يوقع عند مخالفة أحكام القانون الإدارى. كما لو تغيب العامل (كالعاملون فى الحكومة) عن العمل أو قصر فى القيام بأعمال وظيفته. وتتنوع هذه الجزاءات فى صور متعددة، فقد تكون اللوم أو الإنذار أو الحرمان من جزء من الراتب أو من الترقية أو العلاوة أو تأجيلها، أو الحرمان من المكافأة.

هذا وقد تجتمع صور الجزاء السابقة معا وقد تجتمع صورتان أو صورة واحدة، فقد يترتب على ارتكاب فعل واحد توقيع أكثر من جزاء، فالموظف الذى يختلس أموال الدولة يوقع عليه جزاء جنائى (السجن مثلا) وقد يفصل من وظيفته (جزاء إدارى).

الفصل الثالث

القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى

يتدخل القانون، بوصفه مجموعة القواعد التى تحكم سلوك الأفراد فى المجتمع، فى الحياة الإجتماعية وينتشر فى كافة أرجاء الحياة فى المجتمع لدرجة أنه يبسط نطاقه على أغلب مظاهرها ومعالمها، بل أنه ماثل حاضر فى أكثر مناحى النشاط اليومى بحكم ما يصدر عنها من تصرفات تبدو من التكرار آلية كشراء الغذاء والحاجات المنزلية وكشراء الجرائد وهو ما يعد بيعا وركوب وسائل المواصلات وغيرها.

وبالرغم من سيطرة القانون على أغلب مظاهر الحياة الاجتماعية، فإن قواعده ليست هى الوحيدة التى تعمل فى ساحة الحياة فى المجتمع دائما توجد قواعد أخرى تنظم بعض نواحى الحياة فى المجتمع، وتشاركه أو تكون هى مصدره بحسب نوع هذه القواعد. وهذا يقتضى التمييز بين القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى على النحو التالى:

المبحث الأول

القانون والقواعد الاجتماعية

أولا: القانون والدين:

يعرف الدين بأنه "مجموعة الأوامر والنواهى التى أوحى بها الله سبحانه وتعالى إلى رسله وأنبيائه ليبلغونها إلى الناس ليعملوا بها لصلاحهم فى الدنيا والآخرة[١]. أو هو مجموعة القواعد الإلهية التى تنظم حياة الفرد فى معاشه وميعاده، فتبين سلوكه نحو نفسه، وسلوكه نحو غيره من الناس، وسلوكه نحو ربه، وتحثه على إتيان هذا السلوك، وتضع جزاء يوقع على من يخالف الأمر أو النهى. ولكن هذا الجزاء ليس دنيويا فى غالب الأحوال بل هو أخروى يحاسب المخالف عليه فى الدار الآخرة. بيد أنه قد يتفق أن تكون الدولة دينية، فتنطبق الجزاءات التى وضعتها الأديان تطبيقا ماديا محسوسا. ولكن الغالبية العظمى من الدول قد أصبحت دولا علمانية، بمعنى أنها تترك القواعد الدينية لحسابه الإله فى الدار الآخرة ولا شأن لها إلا بقواعدها القانونية التى تحكم المجتمع، فالدولة العلمانية تفصل بين الدين والدولة من هذا يتبين الفرق بين الدين والقانون من ناحية الجزاء ومن ناحية النطاق:

---

(١) أنظر جميل الشرقاوى: مبادئ القانون - دار النهضة العربية - بدون سنة نشرة رقم ١٠ ص٢٣.

فمن حيث الجزاء:

فمـــن سلطة توقيع الجزاء نجد أن القانون يوكل هذه المهمة للسلطة
العامة وهم بشر بينما فى الدين فهى سلطة إلهية.

ومن ناحية وقت توقيع الجزاء:

ففى القانون يوقع الجزاء السلطة العامة حالا وفور وقوع المخالفة للقانون واكتمال عناصرها وثبوتها أى الجزاء دنيوى يوقع حال الحياة ومن المسلم به أن العقوبة تنقضى إذا ما توفى المخالف المستحق للعقوبة لأن العقوبة شخصية.

بعكس الـــــديـــــن:

الجزاء ليس دنيويا فى الغالب بل هو أخروى يحاسب المخالف عليه فى الدار الآخرة. فقواعد الدين تقرر جزاءات عاجلة وأخرى آجلة تنتظر المرأ فى العالم الآخر ففى حكم الدين للفعل أو القول أثر أن أولهما يماثل ما يترتب عليه من أثر فى نظر القانون الوضعى والثانى كونه يستوجب عقاب أو ثواب الآخرة ومن الخطأ القول بأن القواعد الدينية تختلف عن القواعد القانونية بأن الجزاء فى الأولى مؤجل إلى الآخرة وأنه فى الثانية معجل فى الدنيا، إذ الحقيقة أن أفعال الإنسان لها فى الدين

الجزاءان معا فى الدنيا والآخرة[1].

ومن الأمثلة على الجزاءات الدينية الدنيوية الحالة الحدود كقطع يد السارق والقصاص فى القتلى وهذه تقوم السلطة العامة بتطبيقها.

من حيث النطاق:

يهدف كل من الدين والقانون إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع فغاية الدين مثالية، حيث يهدف إلى تربية الإنسان الكامل الطاهر السيرة النقى السريرة، أما القانون فغايته واقعية نفعية، فهو يهدف أساسا إلى المحافظة على النظام فى المجتمع وتحقيق العدل والمساواة بين الناس. وليس معنى ذلك أن الدين لايهدف إلى تحقيق العدل والمساواة بين الناس، بل أن الدين يهدف إلى ذلك، فالدين الإسلامى يهدف للمساواة والعدل فالرسول الكريم صلى الله عليه وسلم يقول لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى.

ويترتب على إختلاف نطاق كل منهما عن الآخر، أن القانون الوضعى لا يحاسب الفرد على نواياه الباطنة، فكل ما يختلج فى ضمير

---

(١) أنظر البدراوى: مبادئ القانون - ط ١٩٧٥ - ص٤٤. سليمان مرقس: السابق- ص٤١. أحمد سلامة: السابق - ص٨ الذى أن جزاء

القاعدة الدينية أخروى، ولئن كان لها جزاء دنيوى، فهو غير محسوس، يتخذ مظهرا ماديا وتقوم السلطة الحاكمة بتوقيعه.

الإنسان وما تحدثه به نفسه لايحاسب عليه، وحين يعتد القانون الوضعى بالنوايا والمقاصد فإن ذلك يكون بالقدر الذى كشف عنه الملك المادى للشخص، أى يقتصر على ما يطفو على السطح فى صورة مادية ملموسة.

بينما الدين يحاسب على النوايا والمقاصد الداخلية إن خيرا فخير وإن شرا فشر، بل أن الدين الإسلامى يحاسب على مايدور برأس الإنسان من خير وأفضل فالحسنة بعشرة أمثالها إلى مائة ضعف والله يضاعف لمن يشاء، ويحاسب على الشر إذا لم يفعل أى إذا لم يرتكب بالحسنة.

لاجرم أن الدين يحاسب من باب أولى على السلوك الخارجى ويحكم العلاقة بين الإنسان وغيره والعلاقة بينه وبين غيره من البشر بل أنه كما فى الدين الإسلامى يحاسب على العلاقة بينه وبين الحيوان والجماد.

القانــون والأخـــلاق:

الأخلاق هى عبارة عن مجموعة القواعد التى تهدف إلى بلوغ الفرد درجة الكمال عن طريق حثه على فعل الخير، ونهيه عن فعل الشر، وأمره بالتزام سلوك معين فى مواجهة نفسه وفى

مواجهة غيره، ويسمى سلوكه فى مواجهة نفسه بالأخلاق الفردية ويسمى سلوكه فى مواجهة غيره بالأخلاق الاجتماعية.

توجد منطقة مشتركة يلتقى فيها القانون مع الأخلاق فى كثير من القواعد، كتلك التى تحرم الإعتداء على النفس أو المال أو العرض، أو التى تدعو إلى الوفاء بالعهود، أو التى تحرم الإثراء بغير سبب مشروع. ولكن دون أن يجر هذا الإلتقاء إلى اختلاط القانون بالأخلاق، إذ يظل لكل منهما نطاقه وغايته.

فكثيرا ما يتبسط سلطان القانون على ما تنفض الأخلاق يدها منه لأنه ما تقتضيه ضرورات الحياة فى الجماعة دون أن يثير مألة أخلاقية، كتنظيم المرور فى الطرق العامة، وتحديد مواعيد للطعن فى الأحكام، واشتراط الرسمية فى بعض التصرفات، فهذه أمور تنظيمية بحث تحتمها فكرة النفع الاجتماعى. ويقابل ذلك أن القانون يقصر بدوره عن تناول كل ما تقضى به الأخلاق، فهو لايهتم فى الأصل بما قد تأمر به من بعض الفضائل كالصدق والشجاعة والشهامة والترفع عن الزلفى والنفاق.

بينما هناك اختلاف بينهما ولذلك يلزم البحث عن معيار للتفرقة بينهما، ويفرق الفقه بينهما من ناحيتين، من ناحية غرض كل منهما ومن ناحية نطاق كل منهما.

فمن ناحية النطاق:

يرى الفلاسفة من أمثال كانت Kant وفيشت Fichette ومن قبلهم توماسيوس Thomasius، أن الأخلاق تقتصر على حكم الحياة الباطنة فى الضمير التى مازالت فى النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج إلى الوجود فى صورة أفعال، واقتصار القانون على المحسوس بين الأفعال دون الوقوف على ما يستتر وراءها فى الضمير من دوافع خفية[١].

فالأخلاق إذن تتناول سلوك الفرد نحو نفسه ونحو غيره من أفراد المجتمع. وهذه هى الأخلاق الاجتماعية Morale sociale وتشمل أعمال الناس الباطنة (كالمقاصد والنوايا) وأعمالهم الظاهرة. أما القـانـون فـلا شـأن لـه بالنوع الأول من السلوك إلا فى أضيق الحدود[٢]،

---

(١) حسن كيرة: السابق ص٣٠، سليمان مرقس: السابق - ص٤٢.

(٢) فالقانون لايتدخل لفرض واجبات على الشخص نحو نفسه إلا حيث يترتب على إخلال الشخص بهذه الواجبات لا الإضرار بالشخص وحده بل إلحاق الضرر بالمجتع أيضا. فعندئذ يتدخل القانون ويفرض بعض الواجبات على الشخص تجاه نفسه فيمنعه مثلا من الإقدام على الإنتحار أو بتر أعضاء جسمه أو تشويهها أو يمنعه من ممارسة البغاء. ففى هذه الحالات حين يتدخل القانون ليحمى هؤلاء الذين يلحقون الضرر بأنفسهم لا يتدخل لمجرد حماية فرد بذاته =

وهو لايتناول من النوع الثانى إلا الأعمال الظاهرة إذ أنه لايحفل بالمقاصد والنوايا طالما بقيت فى باطن النفس ولم تخرج إلى حيز العمل. فمن اشتهت نفسه مال غيره أو إمرأة قريبة ولم يجد عنده الجرأة لتحقيق شهوته أو حتى لمحاولة تحقيقها يرتكب إثما أخلاقيا ولكنه لايقع تحت طائلة القانون. بل إن الأعمال الظاهرة ذاتها لايتناول القانون منها إلاما يقع فى علاقات الإنسان بغيره.

مما يتصل منها بتحقيق العدل أو إستقرار النظام. فالكذب البسيط والبخل وارتكاب الفحشاء مخالفات لقواعد الأخلاق لاتقع تحت طائلة القانون. أما شهادة الزور أو تزوير المحررات والزنا.... مخالفات أخلاقية ويعاقب عليها القانون.

= من شر نفسه وإنما يتدخل ليحمى أولا وقبل كل شئ الآخرين لو لمجتمع بأسره (أنظر دابان ص٩١، وبصفة خاصة قوله:

"En les protégeant ainsi surtout s'ils sont faibles, le droit profége avant tout les autres, la société, non l'individu isolé.

أنظر أيضا مارتى ورينو نبذة ٣١،٣٧ أشار إليه مرقس: ص٤٣.

وترى النظرية التقليدية أن تحقيق النظام فى المجتمع قد يقتضى من القانون تنظيم بعض العلاقات التى لادخل فيها للأخلاق كلوائح المرور وإجراءات التقاضى، فيأمر القانون بأفعال ليست خيرا فى ذاتها وينهى عن أمور ليست شرا فى ذاتها Mala in se لأنه يرى أن مخالفة هذه الأوامر والنواهى تخل بالنظام الذى يهدف إليه، فتعتبر هذه المخالفة شرا ممنوعا Mala prohibata ويتكون من هذا البعض من العلاقات منطقة ينفرد بتنظيمها القانون فى مقابل المنطقة التى تنفرد بها الأخلاق، وتوجد منطقة مشتركة هى منطقة علاقات الإنسان بغيره فيما يتصل منها بتحقيق العدالة واستقرار النظام[١].

بإختصار فإن الاختلاف بينهما يتمثل فى أن القاعدة الخلقية تنزع بالإنسان إلى درجة السمو والمثالية، فهى لاتحاسبه كما هو، بأنانيته وطموحه وغروره، وإنما تحاسبه عن كل حيدة عن الطريق السوى، وعن كل هفوة لاتتفق مع كونه أرقى المخلوقات. أما القاعدة القانونية فهى تحاسب الإنسان حسابا أكثر يسرا. تنظر إليه

---

(١) مرقس: السابق ص٤٤.

مدخلة فى اعتبارها ما تنطوى عليه النفس البشرية فى حد ذاتها من هفوات وآثام.

بـــل هـــى لاتحاسبـــه علـــى أســـاس مـــارزقه الله بالفعل من تقدير بالغ

وتشبث بالمثالية، وإنما على أساس أنه رجل متوسط التقدير له هفواته أيضا. هى إذن تغض النظر عن ذاتية الشخص حتى ولو كان شديد الحرص، وتحاسبه على أساس الرجل العادى، متوسط الحرص متوسط الفهم متوسط الذكاء. وينبنى على ذلك أن الأخلاق تحاسب الشخص على خلجات فؤاده وخطرات عقله وما يكنه من تفكير. أما القانون فهو لايقسو إلى هذا الحد. فليس له، كقاعدة عامة، شأن بالنوايا والخلجات؛ إنما يهتم بما يظهر من الأفعال. فهذه الأفعال هى التى تعد ظاهرة اجتماعية محسوسة تدخل فى نطاق القاعدة القانونية[(١)].

وكذلك القانون، فإنه إن كان فى الأصل يحكم ما يخرج إلى الوجود من أفعال، فهو لايغفل عما يستخفى وراء هذه الأفعال فى النفس من دوافع. وفى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى سبب

---

(١) أحمد سلامة: السابق - ص٩.

العقد خير دليل على ذلك. فالمالك الذى يقيم على حدود ملكه سورا يرتفع ارتفاعا شاهقا يحجب الضوء والهواء عن ملك الجار يؤمر بهدم السور إلى الحد المعقول إذا ثبت أن نيته لم تتصرف إلا إلى الإضرار بالجار دون نفع ظاهر لنفسه. إذ تؤخذ نية الإضرار المتحمضة عنده دليلا على تعسفه فى استعمال حقه فى الملكية. واستئجار منزل بقصد إدارته للدعارة يبطل الإيجار، لأن الباعث على التعاقد أمر مخالف للآداب مما يصبح معه سبب العقد غير مشروع[١].

---

(١) حسن كيرة: السابق - نفس المكان.

(٢) روبييه، دى باسكييه، مشار إليهم فى مرقس السابق. وريبير Ripert القوة المنشئة للقانون رقم ٦٩ ص١٦٢ أشار إليه حسن كيرة السابق.

إذن جزاء القانون مادى محسوس تطبقه السلطة العامة قهرا، بينما جزاء الأخلاق، معنوى عبارة عن وخز الضمير وازدراء المجتمع.

أما من ناحية الجزاء:

فجزاء القاعدة الأخلاقية أدبى ينحصر فى تبكيت الضمير الإنسانى[٢]، أوفى استهجان المجتمع للفعل المنافى للأخلاق ونفوره من مرتكب ذلك الفعل، بينما فى القانون تطبق السلطة العامة عن طريق الإجبار والإلزام بالوسائل المادية.

ينبنى على اختلاف الجزاء بين القانون والأخلاق أنه يتم تنفيذ الجزاء القانونى جبرا أو قهرا فإذا ما نقد الشخص المخالف الجزاء طواعية واختيارا كان بها وإن لم ينفذ يكون لصاحب الحق أن يطالب بهذا التنفيذ، بينما فى الأخلاق ليست للقاعدة الخلقية قوة القاعدة القانونية تلك، لأنها تخاطب ضمير الشخص، فإن نفذ كان بها وإن لم ينفذ فليس بالإمكان إلزامه على التنفيذ، وتبقى ذمته مشغولة بهذا الجزاء.

كذلك فإن الجزاء القانونى يتسم بالدقة والانضباط والأحكام والتحديد حيث أنه مكتوب ومصاغ بشكل محدد يسهل معرفته والإلمام به بدقة بمجرد قراءة النص القانونى، أما القاعدة الخلفية فجزاؤها غير منضبط وغير محدد لاختلاف الأخلاق بحسب الزمان والمكان. ونوعية المخالفة ومرتكبها..إلخ.

تقييم معيار الجزاء:

والحق أن الجزاء كما قالوا مختلف فى القانون عنه فى الأخلاق، ولكنه لايكفى بمفرده كمعيار فاصل للتفرقة بينهما، إذ يبقى التساؤل عن مبعث هذا الاختلاف فى الجزاء. والواقع أن اختلاف الجزاء ليس إلا وليد اختلاف فى الغاية والهدف بين القانون والأخلاق. فغاية الأخلاق مثالية هى السمو بالإنسان. وغاية القانون واقعية نفعية هى إقامة نظام فى المجتمع. ولذلك كانت قواعد الأخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة إلى الفرد بقصد تطهير النفس والعروج بها إلى مراقى السمو والكمال الإنسانى. وكانت قواعد القانون متوجهة إلى الفرد بقصد تحقيق صالح الجماعة. ذلك الصالح المشترك الذى يربط بين أفرادها ويقوم عليه نظامها.

فالأخلاق إذن إنما تضع من القواعد ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر إلى ذاته، أى بالنظر إلى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة إلى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده إلى ما ينبغى لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلى. أما القانون، فلا يضع من القواعد إلا ما يحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر إلى المجتمع، أى بالنظر إلى عواقب هذا السلوك وآثاره

بالنسبة إلى المجتمع نفسه من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع ونفعه وأمنه.

ومن هنا كان قيام الأخلاق على أساس تحقيق قيم شخصية كمالية، وقيام القانون على أساس تحقيق قيم اجتماعية نفعية[١]. وبذلك فالأخلاق إنما تخضع الفرد لضميره فى تطلعه الدائم إلى السمو والكمال، بينما القانون يخضع الفرد للجماعة فى سعيها الحثيث إلى تحقيق صالحها وإقامة النظام والاستقرار فيها. ومن هنا كان مايقال من أن القانون هو نظام اجتماعى، والأخلاق هى نظام فردى أو شخصى[٢].

والنظامان - وإن كانا يختلطان فى الظاهر - ألا إنهما يفترقان فى الواقع حتى فى الصورة التى يجمعان فيها على قواعد واحدة. فكل من الأخلاق والقانون يحرم القتل مثلا، ولكن لكل منهما هدفا متباينا من وراء هذا التحريم، فالقانون إنما ينظر إلى عواقب القتل الاجتماعية وما لها من أثر وخيم فى أمن المجتمع واستقراره، بينما تنظر الأخلاق إلى ما تنحدر إليه نفس

---

(١) وربيته، كابيتان، لوفير - مشار إليهم فى حسن كيرة - ص٣٢.

(٢) كابيتان، مازو - أنظر حسن كيرة - السابق.

القاتل من درك سحيق فى الشر وانغماس فى الرذيلة. فالقانون حين يحرم القتل إذن إنما يحرمه باعتباره حارس المجتمع من كل ما يخل بأمنه واستقراره، بينما الأخلاق حينما تحرمه إنما تحرمه باعتبارها حارسة الفرد ضد ما تحدثه به النفس من شر وخطيئة. فمحكمة الأخلاق إذن هى محكمة الضمير حيث تدور معركة الخير والشر فى ذاته، ومحكمة القانون هى محكمة المجتمع حيث يصطرع النفع والضر الاجتماعى[١].

القانون والعادات الاجتماعية:

يقصد بالعادات الاجتماعية ما يتواضع الناس فى جماعة من الجماعات على اتباعه من تقاليد فى أمور حياتهم كطريقتهم فى الملبس أو الطعام أو عاداتهم فى حالات الوفاة أو الزواج أو قواعد التحية والتهنئة، وهذه العادات تعتبر جزءا من النظام الاجتماعى، ويحرص أغلب الناس على اتباعها، بل أن من يخرج عليها

---

(١) حسن كيرة - السابق. نفس المكان.

يتعرض لاستهجان سلوكه والنظر إليه كخارج على التقاليد، ولكن هذا هو كل ما تقترن به من جزاء، فالجماعة لاتحرص على احترام هذه العادات حرصها على ما تجعله من قواعد القانون، ولا تنشط إلى ردع مخالفتها بجزاء وضعى كما هى الحال فى قواعد القانون، نظرا إلى أن هذه العادات تتعلق بمسائل ثانوية الأهمية فى الحياة الاجتماعية لا تستأهل أن تتحمل الجماعة عبء كفالة تنظيمها بقواعد القانون ، ففرق هذه العادات عن القانون هو فى نوع الجزاء الذى تقرن به الجمـــاعـــة قـــواعد كل منهما: فهى كالقانون تتعلق بسلوك الأفراد فى بعض

المسائل ولكن الجزاء على مخالفة العادات الاجتماعية مقصور على الاستهجان أو الإنكار، أما مخالفة القانون فيترتب عليها جزاء وضعى تتدخل الجماعة، أو السلطة العامة، لتوقيعه على مخالف قواعدة. هذا ويلاحظ أن من الممكن أن تتأصل بعض العادات الاجتماعية فى نفوس الأفراد فتصبح ذات دور هام فى التنظيم الاجتماعى، ويتولد الشعور العام بضرورة التزامها، وعندئذ تتحول إلى قاعدة قانونية، وعلى العكس قد يثبت ضرر عادة من العادات

---

(١) جميل الشرقاوى: السابق - ص٢٨-٢٩.

فينشأ الشعور باستنكارها وضرورة القضاء عليها، فتمنعها الجماعة، وتصبح سلوكا مخالفا للقانون[1].

المبحث الثانى

علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى

توجد علاقة بين القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى كالتاريخ والاقتصاد والفلسفة والاجتماع والاقتصاد، ذلك أن القانون يعد فرعا من العلوم الإنسانية، لذلك توجد صلة وثيقة بينه وبين تلك العلوم، ولا غنى لدارس القانون من الإلمام بتلك الصلة.

أولا: علاقة القانون بالتاريخ:

إن دراسة التاريخ لازمة لبحث الظواهر الاجتماعية، فهى من العلوم الاجتماعية بمنزلة معمل تجارب حقيقى. وأهمية الطريقة التاريخية

فى دراسة القانون أمر مسلم من الجميع. ويكفى فى هذا أن نقول إن العلم الحديث فى القانون إنما ظهر بفضل المدرسة التاريخية التى أنشأها سافينى فى منتصف القرن الماضى، والتى استطاعت، بفضل ما قامت به من أبحاث فى ماضى القانون، أن تعطى نتائج ضخمة واسعة المدى وخاصة فى دراسة القانون الرومانى.

وتبدو أهمية الدراسة التاريخية للقانون فيما يلى:

(أ) أنها تساعد على بيان قابلية القانون للتطور فتثبت استحالة اعتبار نظام قانونى معين أمرا مجمدا، صلدا، لايقبل التغيير.

(ب) أنها تلقى الضوء على نظم القانون الحالى التى يغلب أن تكون مستمدة - بطريق مباشر أو غير مباشر - من قانون القرون الغابرة.

بل إن الإلمام بالماضى الحديث يمكن للفقيه أن يكون فكرة عما كان عليه الأمر فى الماضى البعيد وعما سيكون عليه الأمر فى المستقبل القريب. والفقيه فى هذا الصدد كالجيولوجى: فكما يستطيع الجيولوجى من خلال دراسته طبقات الأرض والحفريات أن يدرك مدى التغييرات التى أصابت الكرة الأرضية، فكذلك الفقيه يتيح له علمه بالماضى القريب جدا أن يكون فكرة عن النظم القانونية البعيدة جدا. وكما يتسنى للجيولوجى، على فرض استمرار فعل القوى التى قامت بعملها فى الماضى استمرارا متواصلا لاانقطاع فيه، أن يتكهن بما يمكن أن يحدث فى المستقبل من تغييرات فكذلك الفقيه يستطيع من خلال مشاهدته التطور المتصل فى مسألة

معينة أن يتنبأ بما سيؤل إليه أمر تلك المسألة فى المستقبل القريب.

(جـ) وهذا كما يفيد الفقيه الذى تتكون لديه بسبب دراسته التاريخية حصيلة غنية من الملاحظات والتأملات يفيد المشرع عند وضعه قواعد قانونية جديدة، إذ يستطيع فى ضوء ما أفاده من الإلمام بماضى القانون أن يحدد السبيل الذى يسلكه حيال التشريع الجديد[(١)].

العلاقة بين القانون وعلم الاجتماع:

لاشك فى قيام صلة بين علم الاجتماع والقانون، فعلم الاجتماع هو ذلك العلم الذى يدرس الوقائع الاجتماعية من حيث أسبابها ونتائجها ويستخلص منها قوانين علمية فحواها أنه كلما توافرت شروط واحدة ترتبت نتائج واحدة.

---

(١) عبدالحى حجازى: محاضرات فى المدخل لدراسة العلوم القانونية - مكتبة عبدالله وهبه - بدون سنة نشر - رقم ٥ ص٣.

وهناك صلة بين علم القانون وعلم الاجتماع مظهرها قيام علماء الاجتماع. بأبحاث هامة فى القانون وتسليم علماء القانون أن الدراسة القانونية يجب أن تكملها دراسة فى علم الاجتماع، تدرس فيها القاعدة القانونية لا فى قالبها المجرد باعتبارها مظهرا لإرادة الدولة، بل فى تطبيقها الفعلى باعتبارها ظاهرة اجتماعية لها أسبابها وآثارها. ومن هنا نشأ علم الاجتماع القانونى الذى يدرس الظواهر فى الجماعات القديمة تساعد على استخلاص قوانين عامة فى التطور.

أما دراستها فى الجماعات المعاصرة فيساعد على توجيه السياسة التشريعية: فظاهرة زيادة عدد السكان مثلا يمكن أن توجه المشرع إلى تنظيم النسل، كذلك ظاهرة ازدياد نسبة الطلاق قد تهيب بالمشرع إلى الحد من استعمال هذا الحق.

إذن فإن معرفة الظواهر الاجتماعية أمر لازم للمشرع،حتى لا يكون ما يضعه من قواعد منبت الصلة عن الواقع، فإذا حدث ذلك كان النص القانونى بعيدا عن ما اتبعه الأفراد ولأصبح حبرا على ورق لأن القانون يكون حينئذ فى واد والواقع الاجتماعي فى واد آخر

العلاقة بين القانون والاقتصاد:

توجد صلة وثيقة بين القانون والاقتصاد، وغالبا مايؤثر الفكر الاقتصادى السائد فى مجتمع معين من المجتمعات على نظامه القانونى. وتتفاوت تلك الصلة بحسب النظام الاقتصادى الذى تنتهجه وما إذا كان نظام الاقتصاد الحر أو الاشتراكى.

فالدول الرأسمالية لايتدخل فيها القانون - بحسب الأصل - إلا لحماية النشاط الفردى، وبالقدر الضرورى لهذه الحماية. وأما فى الدول الاشتراكية فإن المشرع يتدخل فى مجالات عديدة تبعا لزيادة نشاط الدولة، وهو فى تدخله كثيرا مايرمى إلى حماية الطبقات الكادحة.

أولا: <u>القانون يؤثر فى الاقتصاد:</u>

ومن مظاهر ذلك:

١- تدخل القانون - وخاصة إذا كان ذا نزعة اشتراكية فى تنظيم الانتاج مستهدفا توفير السلع الضرورية وإعطاءها الأولوية على غيرها.

٢- تدخل القانون فى تنظيم الاستهلاك بالحد من استهلاك بعض السلع، وذلك برفع أسعارها أو بوضع حد أقصى لاستهلاك

الفرد منها، ويحدث ذلك لمواجهة الأزمات الاقتصادية وخاصة فى أعقاب الحروب.

٣- تدخل القانون فى تنظيم التوزيع عن طريق رفع الأجور مستهدفا بذلك نقل قيمة من طبقة إلى أخرى.

ثانيا: القانون يتأثر بالاقتصاد:

- فالقانون يتأثر بحجم النشاط الاقتصادى، ذلك أن اتباع نطاق هذا النشاط وتنوعه بفضل التقدم العلمى والتكنولوجى فى شتى المجالات يحتم تدخل القانون لمواجهته وتنظيمه. ويؤدى ذلك إلى المزيد من القواعد القانونية، واستحداث فروع جديدة. ومن أمثلة ذلك ازدهار نشاط النقل الجوى الذى أدى إلى نشأة فرع جديد من فروع القانون هو القانون الجوى.
- والقانون يتأثر أيضا بنوع النظام الاقتصادى السائد: فلا يتصور بداهة فى بلد يأخذ بالنظام الاشتراكى أن يصطبغ قانونه بالنزعة الفردية ولابد من أن يعكس النظام الاقتصادى القائم ملامحه وسماته على القواعد القانونية. ففى ظل النظام الاشتراكى الذى يسوده التوجيه الاقتصادى لم تعد حرية التعاقد مطلقة وتعرضت للكثير من القيود، فعرف القانون "نظام العقد المفروض"

Contrat imposé حيث يفرض القانون الالتزام ببيع سلع معينة، بل ويعتبر الامتناع عن بيعها جريمة معاقبا عليها. ونظام العقد الموجه Contrat dirigé حيث يقيد القانون حرية التعاقد بضرورة الحصول على ترخيص سابق من جهة الإدارة. كما تتبدل المفاهيم القانونية للتوافق مع النظام الاشتراكى السائد، فلا تعود الملكية الفردية (مثلا) حقا مطلقا بل تتحول إلى وظيفة اجتماعية بالصبغة الجماعية[١].

ومع ذلك فلايمكن القول بأن الاقتصاد هو أساس القانون بصفة مطلقة، فهناك من القواعد ما لايعتمد كثيرا على العوامل الاقتصادية بقدر ما يعتمد على القواعد الأخلاقية الدينية ومثالها نظام الأسرة والقواعد الخاصة بالزواج.

العلاقة بين القانون والسياسة:

تقوم العلاقة بين القانون والسياسة بشكل واضح، فالقانون يخصص جانبا من قواعده يتناول فيها النظام السياسى،

---

(١) سليمان مرقس: السابق - ص٥٣.

فهو الذى يحدد شكل الحكم فى الدولة وما إذا كان ملكيا أوجمهوريا، ويحدد السلطات فى الدولة وينظم اختصاص كل منها والعلاقة بين هذه السلطات. وكذلك ينظم شئون الحكم المختلفة، ونشاط الهيئات العامة التى تتولى إدارة وتسيير مرافق الدولة المختلفة والعلاقة بين هذه الهيئات بعضها ببعض وبينها وبين الأفراد.

كذلك يتحقق إتصال القانون بالسياسة عن طريق تأثر القانون بالتيـــارات السيـــاسية التى يضع المشرع قوانينه أو يصدر القاضى أحكامه

فى ظلها. ففى الحالتين كثيرا ما تملى السياسة توجيهاتها وتستقطب القانون لخدمة أهدافها.

لاشك أن خضوع القانون للتيارات السياسية خضوعا مطلقة له مخاطره. ولهذا يمكن أن يكون لفقهاء القانون دور إيجابى مؤثر فى هذا الصدد، حيث يتصدون لنقد القوانين والكشف عما وقعت فيه من أخطاء، فيدفعون المشرع بذلك إلى إعادة النظر فيها وتعديلها بما يحقق الخير العام للمواطنين.

ومع ذلك لايزال هناك فرق بين القانون والسياسة: ففى عالم السياسة تعمل قوى معينة كالرأى العام والمطالب الاقتصادية

للأفراد والهيئات، ومقتضيات العدل التى يجب تحقيقها. هذه القوى وغيرها تشكل عوامل تخطط سير الحوادث السياسة، ومن هذا الوجه كان لها (أو يمكن أن يكون لها) تأثيرها الفعال. أما عالم القانون فتعمل فيه قوى أخرى هى القاعدة التى تفرض الواجبات وتمنح الحقوق.

ويتصل بهذه المسألة الدور السياسى الذى يضطلع به الفقيه، وهو من يدرس الناحية النظرية من القانون. أصحيح أنه يجب على الفقيه ألا يكون بمعزل عن البيئة السياسية التى يعيش ويعمل فيها؟ الجواب على هذا السؤال يتوقف على الدور الذى يقوم به الفقيه: فلا يجوز أن يكون الفقيه بمنأى عن الوسط السياسى الذى يزاول عمله فيه إذا كان يقوم بدور المشرع وذلك عندما يوكل إليه وضع تشريع جديد أو تعديل تشريع قائم، أعنى عندما يقوم بعمل سياسى، فهذه حقيقة لاتحتاج إلى بيان، ذلك إلى أن المشرع لايجوز له أن يخون واجبه فيشرع على نقيض ما يقتضيه الوعى الاجتماعى[١].

---

(١) عبدالحى حجازى: السابق - ص٩.

العلاقة بين القانون والفلسفة:

الفلسفة فى أصل معناها هى حب المعرفة. فالفلسفة تبحث فى جوهر الأشياء وتأصيلها، وهذا هو الحال أيضا فى صدد القانون فهناك فلسفة القانون التى تقوم على تأصيل الأحكام القانونية ومنطقها، أى أنها تبحث عن الحقيقة القانونية.

الباب الثانى

أقســـام القانـــون

وتصنيـــف القاعـــدة القانونيـــة

الفصل الأول

تقسيم القانون إلى خاص وعام

قسم الرومان القانون إلى قانون عام وقانون خاص. ومنذ عهد الرومان إلى الآن لا تزال الغلبة لهذا التقسيم إلى حد شبه الإجماع الفقهى على هذا التقسيم.

وبالرغم من ذلك فـــإن ثمة خلاف حول معيار تقسيم القانون إلى عام وخاص وبالتالى تحديد ما إذا كانت قاعدة معينة من قواعد القانون العام أو من قواعد القانون الخاص. وبدون الدخول فى تفاصيل هذا الخلاف، يمكن القول بأن تنظيم الجماعة قد اقتضى أن تقوم سلطة حاكمة ترعى شئون الأفراد وتحقق التعايش بينهم وتمنع التصادم بين مصالحهم. وقد أطلق على هذه السلطة تسمية الدولة، ولكى تتمكن الدولة من القيام بهذه المهمة اعترف لها الأفراد بنوع من الخضوع حيث تخاطبهم أو تدخل معهم فى علاقة بقصد تحقيق المهمة التى وكلت إليها.

أما حيث تدخل معهم فى علاقة خارج هذه المهمة فإنها تنزل منزل أى فرد عادى، فلا خضوع من جانب الأفراد ولا سيادة من جانب الدولة. فمثلا حين تنزع الدولة ملكية أرض للمنفعة العامة تقوم بذلك لتحقيق الهدف الذى قامت من أجله ومن ثم يكون لها سيادة ويكون على الأفراد الخضوع. أما حيث تقوم بتأجير أرض تملكها فهذا النشاط لا

يدخل فى دائرة مهمتها ومن ثم لا يكون لها سيادة، بل تكون على قدم المساواة مع طرف العلاقة الآخر، شأنها شأن أى فرد عادى. وإذا نحن تركنا دائرة علاقة الدولة بالأفراد وجدنا أنها قد تدخل مع غيرها من الدول فى علاقة أيضا، وهى هنا تمثل مجموع الشعب وتعمل باعتبارها ذات سيادة. وبناء عليه يمكن الوصول إلى تحديد بين القانون العام والقانون الخاص.

فالقانـــون العـــام :

هو مجموعة القواعد القانونية التى تبين نظام الدولة الأساسى وتنظيم العلاقات التى تنشأ بين الدولة وغيرها من الدول أو بين الدولة أو أحد فروعها وأى فرد من الأفراد العاديين وتتعامل الدولة باعتبارها صاحبة سيادة.

أما القانون الخاص:

فهو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم علاقات الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة فيما بينهم، أو بعبارة أدق هو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات التى لاتكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة.

والأصل أن القانون الخاص هو الذى يرتب المصالح الخاصة وأن القانون العام يعنى قبل كل شئ بالمصلحة العامة. ومن هنا تظهر أهمية التفرقة بينهما إذ يعتبر الأصل فى قواعد القانون الخاص أنه

يجوز لذوى الشأن عند التعامل فيما يتعلق بمصالحهم الخاصة أن يتفقوا على ما يخالف تلك القواعد. أما قواعد القانون العام فالأصل فيها عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها لأنها موضوعه للمصلحة العامة وهى فوق المصالح الخاصة ولا يجوز المساس بها[٤٣].

المبحث الأول

أولا: فروع القانون العام

جرى الفقه على تجميع الفروع التى تحكم علاقة الدولة بالأفراد أو التى تبين تكوينها تحت تسمية واحدة هى القانون العام الداخلى باعتبار أن موضوع القاعدة القانونية هنا أمر داخلى. يقابلها القانون الدولى العام باعتبار أن أطراف العلاقة هما الدولة ودولة أو دول أخرى.

أولا: القانون الدولى العام

هو مجموعة القواعد القانونية التى تحكم علاقة الدول بعضها ببعض، أو مع المنظمات الدولية سواء فى وقت السلم أو فى وقت الحرب. فيشمل عدة مسائل أهمها: تحديد معيار اكتساب الدول للشخصية القانونية ومدى اعتبارها كاملة السيادة أو ناقصة السيادة، والعلاقات بين الدول فينظم مسائل التمثيل الدبلوماسى والقنصلى، وإبرام المعاهدات والاتفاقيات بين الدول وتشكيل الأجهزة الدولية

---

(٤٣) سليمان مرقس: السابق رقم ٢٧ ص٦٦-٦٧.

الرئيسية وبيان اختصاصاتها، كالأمم المتحدة وهيئاتها المتخصصة كمجلس الأمن ومحكمة العدل الدولية.. وغيرها.

مدى اعتبار قواعد القانون الدولى قواعد قانونية:

وقد ثار خلاف فقهى بشأن مدى اعتبار قواعد القانون الدولى قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وسبب الخلاف يرجع إلى عدم وجود هيئة تشريعية عليا تسن قواعده وعدم وجود سلطة عليا توقع الجزاء عند مخالفة أحكامه.

فذهب البعض إلى عدم اعتبار قواعد القانون الدولى قواعد قانونية بالمعنى الصحيح لغيبة الهيئة التشريعية العليا التى تسن القوانين الملزمة والسلطة العامة الموقعة للجزاء. ذلك أن هيئة الأمم المتحدة لاتصدر إلا مجرد توصيات غير ملزمة تتمتع الدولة بحرية الخروج عليها. كما أن قواعد القانون الدولى العام تفتقد ركن العموم فهى ملزمة حين يكون الحق فى جانب الدولة القوية، وغير ملزمة حين يكون الحق ثابت للدولة الضعيفة[١].

بينما يرى فريق آخر هو الرأى الغالب أن القانون الدولى العام يعد تشريعا عرفيا - بحسب الأصل - ملزما، رغم عدم وجود هيئة تشريعية ملزمة. فكما أن القانون ضرورة اجتماعية ينشأ

---

(١) أنظر مختار القاضى: السابق ص٢٣.

بنشوء المجتمع وأنه فى المجتمعات البدائية يقتصر على بضع قواعد بسيطة يتعارف عليها أفراد تلك المجتمعات، وأن هذه القواعد التى تنشأ فى كل مجتمع عن طريق العرف تعتبر قواعد قانونية بالرغم من عدم وجود هيئة تشريعية عليا قامت بإصداره فكما أن العرف يكفى لتكوين القانون

الداخلى فى المجتمعات الأولية، فإنه يكفى لتكوين القانون الذى ينظم علاقات الدول فى المجتمع الدولى.

وفيما يتعلق بالجزاء، فإنه كذلك الحال فى المجتمع الدولى بحالته الحاضرة تنشأ فيه القواعد القانونية عن طريق العرف ويكون توقيع الجزاء على المعتدى متروكا للمعتدى عليه يوقعه بنفسه ويستعين فى ذلك بحلفائه[١].

كما أنه يوجد فارق ما بين وجود القاعدة القانونية وتطبيق جزاء القاعدة، فتطبيق الجزاء أو وجود عقبات فى تنفيذ الجزاء لايعنى عدم وجود القاعدة القانونية، أو كما يقول البعض أن وجود السلطة المختصة بتوقيع الجزاء على مخالف القانون ليس أمرا جوهريا لوجود القانون، فالجوهرى هو توافر الإلزام، أو الإجبار

---

(١) سليمان مرقس: السابق - ص٧٢ - حسن كيرة - السابق - رقم ٣٠ ص٦٤.

(٢) جميل الشرقاوى: السابق - ص٣٧- أحمد سلامة: السابق - ص٣٧.

فى القاعدة حتى تكتسب وصف القانونية، أما تنظيم هذا الإجبار بتحديد دقيق لجزاء كل مخالفة وتنظيم سلطة تختص بتوقيع هذه الجزاءات وفقا لنظام إجرائى محكم، فلا يعنـــى إلا كمال صورة القاعدة القانونية، وتخلف هذا التنظيم إن كان يعنى أنها غيـــر كاملـــة، فـــلا يمكن أن يعنى أنها غير موجودة[٢] إذن فالقانون الدولى قانون ناقص.

إضافة إلى ماسبق فإنه توجد جزاءات فى القانون الدولى تجد مجالا لتطبيقها مثل اللوم والمقاطعة الاقتصادية وقطع العلاقات الدبلوماسية والمعاملة بالمثل. وتوصيات تصدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة وما تتمتع به من قيمة أدبية كبيرة.

كذلك وجود محكمة العدل الدولية التى تتولى تطبيق أحكام القانون الدولى ومحاكمة مجرمى الحرب من شأنها فرص احترام قواعد القانون الدولى. هذا وقد أقر المجتمع الدولى أخيرا دور محكمة العدل الدولية....

ثم أن المساعى الدولية مستمرة فى سبيل تطبيق قواعد القانون الدولى بدءا من إنشاء عصبة الأمم ثم إلغائها وإنشاء الأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولى، ونصت على تخصيص جيش دولى

تساهم فيه جميع الأمم المتحدة لتنفيذ قرارات مجلس الأمن وأحكامه على الدول التى تخرج على نظام الأمم المتحدة.

وصحيح أنه توجد عقبات تحول دون تكوين هذه القوة الدولية، تتمثل فى عقبات سياسية فى المقام الأول ثم اعتبارات تمويل هذه القوة وغيرها.

إلا أنه ثمة أحداث أتيح فيها لمنظمة الأمم المتحدة تشكيل قوات دولية مؤقتة لمهمات خاصة، كإنهاء حرب السويس عام ١٩٥٦ ورعاية استقلال الكنغو ووحدته عام ١٩٦٠.

لكن يجب ألا نغفل ما يطرأ على قواعد القانون الدولى من تغير من قبيل فقدان منظمة الأمم المتحدة لمصداقيتها الدولية وخاصة لدى دول العالم الثالث لما لوحظ من أنها تكيل بمكيالين وما هو مشاهد من استخدام الدول العظمى للأمم المتحدة فى فرض سيطرتها وهيمنتها على الدول التى تعارض سياستها ومصالحها الاقتصادية.

وخاصة بعد انهيار الإتحاد السوفيتى وبقاء الولايات المتحدة الأمريكية كقوة عظمى وحيدة مسيطرة على العالم. واستخدامها الأمم المتحدة ومجلس الأمن كغطاء لإضفاء المشروعية على هيمنتها وتدخلها فى شئون الدول وليس استصدار قرارات باستخدام القوة ضد العراق وأزمة لوكيربى كلها أحداث ليست بعيدة.

ولا يجب أن نفقد الأمل فى تطبيق قواعد القانون الدولى بمكيال واحد ولعل التطور الأخير فى صدد دور محكمة العدل الدولية تكون بمثابة خطوة فى الاتجاه الصحيح.

ثانياً: القانون العام الداخلى :

١- القانون الدستورى.

٢- القانون الإدارى.

٣- القانون المالى.

١- القانون الدستورى Droit constitutionnel:

هو مجموعة القواعد التى تنظم شكل الدولة وتبين السلطات التى تقوم فيها ومدى مساهمة الأفراد فى هذه السلطات، ومدى مايتمتعون به من الحريات.

فالقانون الدستورى يبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها أى ما إذا كانت ملكية أو جمهورية، نظام الحكم ديمقراطى أو ديكتاتورى أو نيابى أو برلمانى.

وقد يكون الدستور جامداً أو مرناً، فالدستور الجامد هو الذى لا يمكن تعديله فى الغالب، إلا بإتباع إجراءات معقدة طويلة ولا يتم ذلك بمقتضى القوانين العادية، ويكون الدستور مرناً إذا كان يمكن تعديل أحكامه بمقتضى القوانين العادية.

وتقسم الدساتير من حيث مصدرها إلى دستور يصدر فى شكل منحه من المحاكم، ودستور يأتى نتيجة تعاقد بين الحاكم والشعب، ودستور تضعه جمعية تأسيسية، ودستور يضعه الحاكم ويقره الشعب فى استفتاء عام. وقد يطلق على الدستور وصف القانون الأساسى(٤٤).

٢ - القانون الإدارى Droit administratif:

يقصد بالقانون الإدارى مجموع القواعد التى تحكم تكوين السلطة الإدارية ونشاطها فى أداء وظيفتها من القيام على أمر المرافق العامة تحقيقا للصالح العام، وتمكينا للإدارة لأداء رسالتها تلك تتمتع الإدارة بسلطات وامتيازات لا يتمتع بها الأفراد. وبمقتضى هذه الحقوق والامتيازات، تمارس السلطة الإدارية نشاطها عادة عن طريق ما تصدره من أوامر وقرارات إدارية.

وضمانا لحقوق الأفراد، وكفالة لحسن قيام السلطة التنفيذية بوظيفتها دون انحراف أو خروج على القانون، كان لابد من إيجاد وسيلة فعالة للرقابة على أعمال الإدارة، بما يمكن معه إلغائها أو وقف تنفيذها أو التعويض عن الأضرار الناشئة عنها، كل ذلك فى حالة عدم مشروعية أو انحراف الإدارة فى أعمالها.

وقد قرر المشرع المصرى فى أول الأمر اسناد مهمة الرقابة على أعمال الإدارة إلى القضاء العادى. ولكنه عدل عن ذلك وأسند هذه المهنة إلى القضاء الإدارى إذ أنشأ مجلس الدولة

---

(٤٤) وذلك كما حدث فى رومانيا للرئيس نيقولاى شاوسسكو.

بالقـــانـــون رقـــم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وعدل هذا القانون عدة مرات آخر القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤. ويتألف هذا المجلس من ثلاثة أقسام هى قسمى الفتوى والتشريع والقسم القضائى الذى ضم ما يعرف بإسم المحاكم الإدارية على اختلاف درجاتها ويأتى فى قمتها المحكمة الإدارية العليا. وهى محاكم تراقب انحراف الإدارة.

وكذلك هناك هيئة الرقابة الإدارية التى تتبع رئيس مجلس الوزراء وكذلك الجهاز المركزى للمحاسبات ويتبع مجلس الشعب. وكلها تراقب انحراف الإدارة ومقاومة الفساد الإدارى.

٣ - القانون المالى:

كان القانون المالى داخلا فى نطاق القانون الإدارى ثم انفصل عنه وأصبح ضمن القانون العام الداخلى وهو عبارة عن مجموعة القواعد التى تنظم مالية الدولة، فيبين مصادر دخل الدولة من ضرائب ورسوم، ويبين أوجه إنفاق هذه الأموال وكيفيته والرقابة على النقد والصرف، أى ميزانية الدولة.

٤ - القانون الجنائى:

يقصد بالقانون الجنائى، بمعناه العام، القواعد القانونية التى تحدد الأفعال المعتبرة كجرائم يعاقب عليها قانونا، والعقوبات المقررة لها،

والإجـــراءات التى تتبع فى تعقب المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه إذا ثبت إجرامه[٤٥].

وهو بذلك ينقسم إلى قسمين:

١ - ***القانون الجنائى أو قانون العقوبات وينقسم بدوره إلى قسمين:***

(أ) القسم العام وهو الذى يبين القواعد العامة للمسئولية الجنائية وتقسيم الجرائم وأنواعها والظروف المخففة والمشددة للمسئولية.

(ب) القسم الخاص وهو يبين كل جريمة على حده ويبين أركانها وصورها والعقوبة المقررة على كل منها.

وقانون العقوبات قانون موضوعى.

٢ - ***قانون الإجراءات الجنائية:***

وهو قانون شكلى ينظم الإجراءات التى تتبع عند وقوع الجريمة من ضبط وتفتيش وتحقيق ومحاكمة والطعن على الأحكام وصوره ومواعيده وتنفيذ العقوبة.

---

(٤٥) عبدالفتاح عبدالباقى: نظرية القانون، الطبعة الثالثة، بدون سنة نشر وبـــدون ناشر - فقرة ٥٩.

المبحث الثانى

فروع القانون الخاص

يذهب الفقه التقليدى إلى تقسيم القانون الخاص إلى :

١ - القانون المدنى.

٢ - القانون التجارى.

٣ - القانون البحرى والجوى.

٤ - قانون العمل.

٥ - قانون المرافعات المدنية والتجارية.

٦ - القانون الدولى الخاص.

وهذا ما نعرضه :

١ - القانون المدنى Droit civil:

أول فروع القانون الخاص وأهمها هو القانون المدنى، بل لقد استعملت عبارة القانون المدنى كمرداف للقانون الخاص ويضم القانون المدنى القواعد القانونية التى تنظم علاقات الحياة العادية بين الأفراد[٤٦]. فيما بينهم أو بين الأفراد والدولة حيث لا تعمل هذه بمقتضى مالها من سيادة[٤٧]. والواقع أن هذا التعريف لا يصح إلا لمقابلة القانون الخاص بالقانون العام. أما إذا نظرنا إلى القانون الخاص فى حد ذاته فإن هذا التعريف لا يقتصر - على الأقل فى الوقت

---

(٤٦) عبدالحى حجازى: السابق - رقم ١٢٤ ص١٢٦.
(٤٧) أحمد سلامة: السابق - رقم ٢٧ ص٤٣.

الحاضر - على محتويات هذا القانون، بل إنه يتسع عنها بكثير ويصدق على فروع لا يسلم الفقه الحديث بدخولها فى دائرة القانون الخاص.

وتفصيل الأمر أن القانون الخاص بدأ مستجمعا لكل أركان التعريف السابق، ثم بدأت تنسلخ مجموعات فرعية من قواعده لتكون فروعا مستقلة. وبالنظر إلى علاقة الأبوة هذه وضعت تلك الفروع ضمن الفروع التى يحتويها القانون الخاص. ولكن هذه النسبة لم تمنع من مضى تلك الفروع فى استقلالها، بل وفى ابتعادها عن نطاق هذا القانون. وبالفعل تجمعت فى هذه الفروع بعض خصائص القانون العام بجانب البقية من خصائص القانون الخاص. أما التعريف فقد بقى كما هو دون أن يحور ليضيق نطاق انطباقه.

وعلى ضوء التحليل المتقدم لم يبق من فروع القانون الخاص إلا القانون المدنى، وهو بعد ليس بالفرع الهين. بل يمكن وضعه فى كفة ووضع سائر الفروع فى كفة أخرى. وليست أهميته براجعة فقط إلى أنه أقدم القوانين ويمثل الصورة الأولى للحياة المنظمة فى الجماعة، وأن الفروع الأخرى تالية عليه فى التاريخ وأن معظمها عاش فى كنفه قبل أن يستقل، ولكن هذه الأهمية تتمثل أيضا فى أنه لايزال القانون الأصل أو الشريعة العامة Le Droit commun يلجأ إليه للعثور على حل للمشكلة التى تثور فى داخل فرع آخر دون أن يوضع لها فيه أى حل.

هذا بجانب أنه قانون الحياة الجارية، والحياة الجارية لايمكن أن تتوقف[٤٨].

والقانون المدنى إذا هو الجزء الأصلى للقانون الخاص[٤٩]. ويتناول تنظيم نوعين من الروابط ويشمل تبعا لذلك مجموعتين متميزين من القواعد:

أولا: مجموعة قواعد الأحوال الشخصية أو قانون الأحوال الشخصية وهى تنظم الروابط الناشئة من صلة الشخص بأسرته وتشمل تعيين حالة الأشخاص وأهليتهم سواء أهلية الأداء أم أهلية الوجوب. والحالة الأسرية من زواج وطلاق ونسب والحضانة والميراث والوصية...إلخ

٢ - القانون التجارى Droit commercial ق٠ رقم١٧ لسنة١٩٩٩

هو مجموعة القواعد التى تنظم نشاط من يمتهنون التجارة[٥٠].

أو مجموعة القواعد المنظمة للأعمال التجارية أو المعاملات التجارية[٥١]. فهو يبين تعريف التاجر وشروط اكتساب الشخص صفة التاجر فردا كان أم شركة، كما يبين الأعمال التجارية أى متى يعتبر العمل عملا تجاريا، وواجبات التجار، كواجب إمساك الدفاتر التجارية والقيد فى السجل التجارى، كذلك ينظم القانون التجارى الشركات فيبين تعريف الشركة وشروطها وأنواع الشركات وتكوينها وإنقضائها. وكذلك

---

(٤٨) أحمد سلامة: السابق - ص٤٤.
(٤٩) سليمان مرقس: السابق - ص١٠٠.
(٥٠) أحمد سلامة: السابق - ص٤٥.
(٥١) منصور مصطفى منصور: السابق - ص٥٧.

العقود التجارية والنقـــل التجارى والسمسرة والوكالة بالعمولة، والأوراق التجارية، كالكمبيالة والشيك والسندات الإذنية.

وفى البداية كانت مهنة التجارة خاضعة لقواعد القانون المدنى ينظمها، ولكن العمل أثبت أن قواعد القانون المدنى تعيق مهنة التجارة. ولم يكن فى الإمكان أن تظل مهنة التجارة خاضعة لقواعد القانون المدنى، وكان لابد من استقلال قواعدها. ذلك أن التجارة تقوم على السرعة والائتمان. فالسرعة ضرورة فى التجارة إذ الأسعار تتغير والبضائع معرضة للتلف، والسرعة تتطلب تبسيط الإجراءات أى تكون الإجراءات بدورها سريعة تسعف المتعاملين. وكذلك فإن من طابع التجارة أنها تقوم على الائتمان والثقة، وهو تقديم مال عاجل ترقبا لمال آجل، فقلما يدفع التاجر ثمن البضاعة التى يتسلمها فورا وإنما يغلب أن يمنحه صاحب البضائع آجلا للدفع. والائتمان يتطلب ضمانات تقدم للمقرض ضمانا للوفاء فى الموعد المضروب لأنه إذا لم توجد الضمانات، فليس هناك من ضامن للوفاء أى يحدث توقف عن الدفع، مما يضره بالائتمان وهو بدوره ما يضر أيما ضرر بالاقتصاد القومى فى مجموعة لما للائتمان عن أهمية فى الاقتصاد القومى. لكل هذا ثبت عدم ملاءمة قواعد القانون المدنى التى تتسم بالبطء فى الإجراءات والتعقيد ومراعاة جانب المدين المقترض بإعطائه مهلة أو ما يسمى بنظرة الميسرة. وهذا كله لا يتماشى مع متطلبات التجارة هذه لذلك ظهرت الحاجة لقواعد خاصة لمهنة التجارة يتوافر فيها أساس السرعة

والائتمان والتبسيط فى الإجراءات والإثبات، وهذا ما يتوافر فى قواعد القانون التجارى التى تختلف عن قواعد القانون المدنى فى عدة نقاط٠

٣- القانون البحرى Droit maritime:

يقصد بالقانون البحرى مجموع القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية. فيتناول السفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة، وللملاحين القائمين على أمرها وما يحكمهم من عقد العمل البحرى بقواعده الخاصة، ولمسئولية مالك السفينة، وللائتمان البحرى من رهن وامتياز، وللنقل البحرى وما يتصل به من مسئولية الناقل، وللتأمين البحرى.

أغلب الفقه يعتبر القانون البحرى فرع من فروع القانون الخاص، ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من محاولة النظر إليه كقانون مختلط، باعتبار أن ثمة أنظمة وقواعد خاصة بالملاحة تتصل بالقانون العام كذلك، مثل مايتعلق بجنسية السفن وتنظيم الموانى والإرشاد فيها وحرية الملاحة البحرية وسلامتها[٥٢]٠ ولذا يعتبر البعض أن القانون البحرى قانون مهنى مختلط[٥٣]٠

---

(٥٢) مارتى ورينو رقم ٤٤ ص٦٨ - مشار إليه فى حسن كيرة ص٧٤.
(٥٣) أحمد سلامة: السابق رقم ٣٠ ص٤٨، حسن كيرة: السابق رقم ٣٩ ص٧٤.

٤ - القانون الجوى Droit Airien:

يتناول هذا القانون مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات التى تنشأ بمناسبة الملاحة الجوية، فينظم كل مايتعلق بالطائرة من تسجيل وجنسية وعلاقة مالكها بقائدها والركاب والمسئولية عن النقل الجوى أى عن الركاب والبضائع وما تسببه الطائرة للغير من أضرار على السطح.

٥ - قانون العمل Droit du travail ق٠ رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣

يقصد بقانون العمل، مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات القانونية المتعلقة بالعمل التابع المأجور أى بالعمل الذى يقوم به أشخاص مقابل أجر لحساب أشخاص آخرين وتحت توجيههم ورقابتهم[٥٤].

ويعتبر قانون العمل من القوانين حديثة العهد حيث أنه مر بمراحل فى تطوره. وقد نشأ نتيجة لظهور الخلل فى التوازن الاقتصادى بين العمال وأرباب العمل وذلك بهدف إضفاء نوع من الحماية للطبقة العاملة. ذلك أن أحوال العمال ساءت للغاية فى ظل المذهب الفردى الذى يقوم على مبادئ الحرية والمساواة فى التعاقد بما يفترضه من مساواة اقتصادية بين طرفى العقد. ومن هنا ظهرت المذاهب الاجتماعية التى دعت إلى ضرورة تدخل الدولة فى العلاقة بين العمال وأرباب العمل لإعادة التوازن المفقود إلى هذه العلاقة، وتدخلت

---

(٥٤) حسن كيرة: السابق - رقم ٤٠ ص٧٥.

الدولة بالفعل فى صورة تشريعات جزئية لتضمن للعمال حداً أدنى من الحقوق، كالحد الأدنى للأجور أو الحد الأقصى لساعات العمل، وحق العمال فى الإجازة والـــراحـــة الأسبـــوعيـــة. ثـــم زاد هـــذا التـــدخل إلى أن أصبح لهم قانونهم الخاص، وهو قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣[٥٥]. وسوف يناقش مجلس الشعب مشروع قانون العمل الموحد الجديد المقدم من الحكومة ليحل محل القانون الحالى.

٦- قانون المرافعات المدنية والتجارية:

Droit de pracédure civile et commerciale:

وهو يشمل مجموعة القواعد التى تعين الإجراءات واجبة الاتباع أمام المحاكم التى تطبق القانون المدنى والتجارى.

فهو الذى يبين طريقة رفع الدعوى ووسائل تحقيقها ومايجوز إبداؤه فيها من دفوع، وكيفية الحكم فيها، وطرق الطعن فى الأحكام ومواعيدها، سواء فى ذلك المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر. فإذا صار الحكم نهائيا، رسم قانون المرافعات إجراءات تنفيذه، من حجز مال المدين وبيعه إلى توزيع الثمن بين الدائنين حسب الأحوال.

---

(٥٥) الجريدة الرسمية العدد ١٤(مكرر) ٧ أبريل سنة ٢٠٠٣ وحل محـــل قـــانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ وذلك حتى يتمشى مع المتغيرات الاقتـــصادية الحالية.

ويتضح من ذلك أن قانون المرافعات قانون إجراءات أو قانون شكلى لا موضوعى[٥٦].

ويشتمل على قسمين الأول قسم ينظم السلطة القضائية، فيعين جهات القضاء المختلفة ويبين اختصاص كل منها، ويحدد المحاكم التى تضمها كل جهة، ويرسم حدود اختصاص هذه المحاكم.

أما القسم الثانى، فينظم إجراءات التقاضى، أى تلك التى يجب اتباعها للالتجاء إلى المحاكم مثل كيفية رفع الدعوى وكيفية نظرها وكيفية إصدار الحكم، والطعن عليه وكذلك كيفية تنفيذه.

بعض الفقه يرى أن قانون المرافعات ينتسب إلى القانون الخاص باعتبار أنه ينظم حماية العلاقات القانونية الخاصة[٥٧].

ولكن هناك بعض الفقه يعتبره ينتسب إلى القانون العام باعتبار أنه ينظم إحدى السلطات فى الدولة وهى السلطة القضائية وكيفية الالتجاء إلى هذه السلطة وأن هذه السلطة هى التى تتولى التنفيذ الجبرى.

---

(٥٦) سليمان مرقس: السابق - رقم ٤٨ ص١٠٨.
(٥٧) حسام الأهوانى: رقم ١٠٥ ص٨٨.

بينما يعتبره البعض الآخر أنه قانون مختلط يضم قواعد من القانون الخاص فالدعوى التى يرفعها شخص عادى ليحمى بها حقا خاصا والأدلة التى تقدم يحكمها القانون المدنى أو التجارى[٥٨].

٧- القانون الدولى الخاص Droit international privé:

وهو يتكون بحسب الأصل من مجموع القواعد التى تبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق فى علاقة تنشأ بين الأفراد يكون أحد عناصرها ذا صفة أجنبية. كأن يكون أحد أشخاص العلاقة أجنبيا، أو يكون موضوعها موجودا فى بلد أجنبى، أو تنشأ العلاقة نفسها فى بلد أجنبى[٥٩]. مثال ذلك علاقة بيع لعقار موجود فى مصر ويبرم العقد فى مصر بين شخصين البائع فرنسى والمشترى إنجليزى، أو أن يتزوج مصرى مصرية ويتم الزواج فى فرنسا.

وإذا ما ثار خلاف من هذا النوع أى منازعات ذات عنصر أجنبى، فإن المشكلة تثور بشأن تحديد الاختصاص للمحاكم وهل هى محكمة هذه الدولة أو تلك أو يثور النزاع بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات ذات العنصر الأجنبى وهل هو قانون هذه الدولة أو تلك أو غيرهما وهو ما يعرف بإسم تنازع القوانين،

---

(٥٨) أحمد سلامة: السابق - ص٥٥، حسن كيرة: السابق - رقم ٤٣ ص٨٢.
سمير تناغو: السابق - رقم ١٧٧ ص٥٨٨.
(٥٩)عبدالحى حجازى: السابق - رقم ١٣٠ ص١٣٢.

وهذان الموضوعان تنازع الاختصاص وتنازع القوانين هما من أهم الموضوعات التى يتولى تنظيمها وتحديدها القانون الدولى الخاص.

كذلك ينظم القانون الدولى الخاص مسائل أخرى، وهى الجنسية والموطن وحالة الأجانب ومركز الأجانب.

واختلف الفقه أيضا فى صدد اعتبار قواعد القانون الدولى الخاص تنتمى للقانون الخاص أو للقانون العام، والرأى الغالب أنه قانون مختلط فهو فرع من القانون العام فيما يتعلق بالجنسية ومركز الأجانب ويعتبر فرع من القانون الخاص فيما يتعلق بتحديد الاختصاص القضائى وتنازع القوانين[٦٠].

٨- القانون الزراعى Droit rural:

وهو مجموعة القواعد التى تنظم ملكية الأراضى الزراعية، والعلاقة بين ملاكها وبين مستأجرى هذه الأراضى، وبين هؤلاء جميعا وبين عمال الزراعة[٦١].

---

(٦٠) جميل الشرقاوى: السابق - رقم ٢٣ ص٥١، حسن كيرة: السابق - رقم ٤٢ ص٧٧، سمير تناغو: السابق - رقم ١٧٨ ص٥٩٢ - أحمد سلامة: السابق - رقم ٣٦ ص٥٥- عبدالحى حجازى: السابق - رقم ١٣١ ص١٣٣.

(٦١) أحمد سلامة: القانون الزراعى- الطبعة الثانية - ق١٩٧.

ويكاد هذا الفرع يعتبر أحدث فروع القانون قاطبة، فهو وإن كان ينظم ملكية الأراضى الزراعية وما يرد عليها من تعاقد، فهو ينظم أيضا الاستغلال الزراعى والجمعيات التعاونية الزراعية والائتمان الزراعي.

وقد صدر قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ سنة ١٩٥٢ فى سبتمبر ١٩٥٢ وكان بمثابة بداية لسلسلة مستقلة من التشريعات الخاصة بالقانون الزراعي.

صياغة القاعدة القانونية

تعني صياغة القاعدة القانونية التعبير عــن مــضمون القاعــدة القانونية او اخراج القاعدة الى الوجود بما يحقق الهدف منها.

ومن الطبيعي ان تتنوع الصياغه وتختلــف ادواتهــا بــاختلاف الغرض من القاعدة القانونية

فهناك اذن انواع للصياغة القانونية وهناك طرق للصياغه وهو ما يتناوله على النحو التالي :-

اولا :- انواع الصياغه القانونية :-

وقد تكون صياغة القاعدة القانونية جامدة وقد تكون مرنه

- الصياغه الجامدة :-

تكون صياغة القاعدة القانونية جامدة عندما تعطى هذه صــياغه فرضا معينا حكما او حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظــروف والملابــسات الخاصة بكل حالة فردية تتدرج تحت هذا الفرض ، بما يحقــق ثبــات القاعدة القانونية سواء من ناحية الوقائع الخاضعه لها او الحل المطبــق عليها ، ومثال ذلك القاعدة التي تحدد سن الرشد باحدى وعشرين ســنة ميلادية متمتعا بقواه العقلية غير محجورا عليه (مــادة ٤٤ مــدني) ، وكذلك القاعدة التي تحدد مواعيد الطعن في الاحكام فكلهــا صــياغات جامدة .

ومن شان هذه الطريقة ان تحققث الاستقرار وسهولة التطبيق اذ انها لا تعطي مجالا للشك حول كيفية تطبيقها وتقيد عمل القاضي الذي يطبقها.

ومع ذلك يؤخذ على الصياغه الجامدة مجافاتها للعدالة لانها لا تاخذ في الاعتبار الخصوصيات الفردية واختلاف الظروف والملابسات ، عندما تعطي حلا موحدا ينطبق على كل الحالات .

- الصياغة المرن:-

تعني الصياغه المرنه عدم اعطاء القاعدة (الفرض والحكم) حكما واحدا ثابتا لا يتغر وانما تعطيها نوعا من المرونه واخذ الملابسات الخاصة بكل حالة فردية في الاعتبار ، أي تواجه الفرض بطريقه معيارية تسمح للقاضي بتقدير الحكم حسب الظروف والملابسات ، ومن امثلة هذه الصياغه ما ورد بالمادة ٢/٨٠٧ مدنيفي صدد مضار الجوار ، حيث تنص على انه " وليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المالوفه التي لا يمكن تجنبها وانما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المالوف – على ان يراعى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له ، ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصه دون استعمال هذا الحق .

فهذه الصياغه لا تقيد القاضي في صدد مضار الجوار غير المالوفة " بصياغه جامدة بل بصياغة مرنه لانها تسمح للقاضي بحرية تقدير واسعه لهذه الاضرار من خلال معيار مرن مستهدفا بعوامل منها العرف وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها والغرض الذي خصصت له وغيرها ، وبما يعني الاخذ في الاعتبارات للخصوصيات الفردية .

تمتاز هذه الصياغه بانها تحقق العدل الــواقعي او الفعلــي[٦٢] لاخــذها الخصوصيات الفردية في الاعتبار بما يحقق الاستقرار والثبــات فــي المعاملات ولكنها لا تحقق كل العدل فهي احد وسائل نحقيــق العدالــة بعكس الصياغة الجامدة التي تهدف لتحقيق العدل المجرد .

طرق الصياغة القانونية

تنقسم طرق الصياغة القانونية إلى نوعين (طرق مادية بحلال الكــم محل الكيف واستخدام شكلية معينة ، وطرق معنوية كالقرائن والحيل) وذلك على النحو التالي :-

أولا :- الطرق المادية :-

يمكن تقسيم الطرق المادية لصياغة القاعــدة القانونيــة بــصفه أساسية الى نوعين وهما إحلال الكم محل الكيف واستخدام الشكليات . وذلك على النحو التالي :-

١ - إحلال الكم محل الكيف (التعبير بالأرقام) :-

في هذه الطريقة يتم التعبير عن مضمون القاعدة في صورة الكم بدلا من الكيف بشكل محكم برقم عددي ، وبما يحسم الخــلاف ويمنــع خلاف المحاكم وتحكم القضاة ، وذلك بدلا من التعبير عــن مــضمون القاعدة بعبارات او الفاظ مبهمه او تحتمل اختلاف التاويل .

مثال ذلك المادة ٢/٤٤ مدني بتحديد سن الرشد باحدة وعشرين سنة وجعلها سن التمييز والعقل والادراك ما لم يكن قــد صــدر حكــم

---

[٦٢] حسن كبيرة : السابق – رقم ١٠١ ، ص١٨٥

بالحجر على هذا الشخص ، فهذه قاعدة لا يختلــف حــول مــضمونها القضاة لانها تعطي مضمونا محددا ثابتا لا يختلف من شخص لآخر او حسب تفسير قاض عن آخر .

وكذلك تحديد أنصبة الورثة بنسب معينة ، وتحديد الغبن في بيع عقار مملوك للقاصر بما يزيد على خمس وثمن المثل (م ٤٢٥ مدني) وتحديد سعر الفائدة الاتفاقي بسقف أعلى لا يجاوز ٧ % وتحديد مــدة التقادم بخمس عشرة سنة .

٢- تطلب شكليات معينة :-

أي استلزام القاعدة لأوضاع أو مظاهر خارجية تفرض علـــى الأفراد لتحقيق آثار قانونية معينة ، ويختلف هذه الأوضاع أو المظاهر الخارجية باختلاف الغرض من القاعدة ، فقد يكون هدف فرض الشكلية تنبيه احد الأطراف لجسامة تصرف معين قبل الإقدام عليـــه أو تيـــسير الاثبات او امكان الاحتجاج بها على الغير .

ومثال النوع الاول المتعلق بالتبينه لخطورة بعض التــصرفات اشتراط الرسمية في بعض التصرفات أي كتابتها على موظــف عــام رسمي يكون مختصا بكتابتها طبقا لأوضاع واجــراءات نــص عليهــا المشرع ، كالمادة ٤٨٨ مدني التي تشترط ان تتم هبة العقــار بورقــة رسمية والا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .

واشتراط التسجيل لنقل ملكية العقار المبيع في قــانون الــشهر العقاري .

ومثال الشكلية المطلوبة بهدف تيــسير الاثبــات مــا اشــترطه المشرع من ضرورة الكتابة لاثبات التصرفات المدنيــة التــي تجــاوز

قيمتها خمسمائة جنيه او غير محددة القيمة (مادة ٦٠ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) .

ومثال الشكلية المطلوبة لامكان الاحتجاج بالتصرف على الغير عقد الشركة المدنية ، وتعتبر شخصا اعتباريا بمجرد تكوينها ، ولكن يجوز الاحتجاج بهذه الشخصة على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقررها القانون (م٥٠٦/١ مدني) وكذلك المادة ١٠٥٣ مدني في صدد الرهن الرسمي والتي تنص على انه " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير الا اذا قيد العقد او الحكم المثبت للرهن قبل ان يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار وذلك دون اخلال بالاحكام المقررة في الافلاس " .

ثانيا :- الطرق المعنوية

تتميز هذه الطرق بانها تستخدم المنطق والفكر حيث يلجا لاستخدام العمل الذهني في التعبير عن القاعدة القانونية وتنقسم هذه الطرق بصفة اساسية الى نوعين القائن القانونية والحيل وذلك على النحو التالي :-

١ - القرائن القانونية :-

القرائن هي استخلاص امر مجهول من امر معلوم تبعا للغالب في العمل ، فهي عملية ذهنية تتلخص في أخذ أمر مشكوك فيه على انه أمر مؤكد وفقا للغالب الراجح والمالوف في العمل ، والهدف من ذلك هو تحويل الشك إلى يقين لأن تحقيق العدل يتطلب دقة وأحكاما واستقرارا معنيا ، ويتم ذلك من خلال القرينة القانونية .

وتستخدم هذه الطريقة في مجال الإثبات وفي مجـــال القواعـــد الموضوعية وذلك على النحو التالي :-

**** القرائن القانونية في مجال الإثبات :-**

ففي مجال الاثبات تعتبر القرينة أحد أدلة الإثبات وقـــد تكـــون القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ، وقد تكون قاطعـــه لا تقبـــل إثبـــات العكس .

ففي القرينة نكون بصدد أمر يصعب إثباتـــه فيـــسهل المـــشرع طريق إثباته باعتباره المألوف والغالب الراجح في العمل في شأن هذه المسالة المراد اثباتها هو الواقع فيفترض ذلك ويعتبره ثابتا بذاته ويعفي الطرف المكلف بالإثبات من عبء إثباته والقرينه قد تكون بسيطه وقـــد تكون قاطعه .

فالقرينة البسيطه تقبل إثبات العكس ومثال ذلك ما ورد بالمـــادة ٥٨٧ مدني في شان اثبات الوفاء بالأجرة ، فنص علـــى ان " الوفـــاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقه على هـــذا القـــسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك " ، فوفاء المؤجر بأحد الاقساط قرينه على وفائه بالأقساط السابقه على هذا القسط كما هو الحاصل في غالب الأحوال ، ولذلك أخذ المشرع هذا الغالب في العمل ونص عليه واعتبره قرينه نص عليها ، وأعفى المستاجر من عبء إثبات الوفـــاء بالقـــسط السابق المتنازع عليه .

لكن هذه القرينه بسيطه يجوز إثبات عكسها أي يجوز هدمها ونقضها بئغثبات أن المستأجر رغم وفائه بالقسط الأخير إلا أنه لم يوف بالقسط السابق[٦٣] .

اما القرينة القاطعه فهي استنباط امر مجهول من أمر معلوم وفقا للغالب الراجح في العمل ولا يسمح بإثبات عكسها كـإفتراض خطأ حارس الحيوان (م١٧٦ مدني) وحارس الآلات الميكانيكية والأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة (م٠ ١٧٨ مدني) .

**** القرينه القانونية في مجال القواعد الموضوعية :-**

أبرز مثال لها نص المادة ٤٤ مدني التي تحدد سن الرشد بإحدى وعشرين عاما ، فافترض المشرع أن كل من بلغ هذه السن يعتبر راشدا واكتمل تمييزه وإدراكه ما لم يحجر عليه وهذا بحسب الراجح الغالب والمألوف في العمل ، ونص على ذلك واعتبرها قرينه قانونية قاطعه .

وتعتبر القرينه في مجال القواعد الموضوعية هي محل القاعدة القانونية بعكس القرينة في مجال الإثبات حيث تكون هدفها هو اعفاء من تقررت لمصلحته من عبء الإثبات فهي تغنيه عن أية طريقة من طرق الإثبات (مادة ٩٩ مدني) .

٢ - الحيل القانونية :-

يقصد بالحيل القانونية إعطاء وضع من الأوضاع محكما يخالف الحقيقة بهدف ترتيب أثر قانوني معين ، فهي عمل ذهني يتم احتيالا

---

(٦٣) انظر للمؤلف قانون الإثبات – السابق- ص٢٦٧ وما بعدها وكذلك احكام عقد الإيجار ، ط٢٠٠٥ ، ص١٢٤ ، وص ٣٠٤ .

على الواقع بتصويره على خلاف طبيعته بقصد ترتيب أثر قانوني معين يصعب الوصول اليه إذا ما أخذ على حقيقته أو صورته الطبيعية[٦٤] .

ومثال الحيل العقارات بالتخصيص والمنقول بحسب المآل ، فالعقار بالتخصيص هو أصلا بطبيعته منقول يرصد لخدمة العقار أو استغلاله كالآلات الزراعية والآلات في المصنع واعتبرها المشرع عقار على خلاف الواقع ، حتى يتوصل الى تحقيق استمرار عملية الاستغلال وحمايتها فيسري على المنقول ما يسري على العقار .

وكذلك المنقول بحسب المآل فهو وإن كان يعد عقارا في الواقع إلا أنه اعتبر منقولا طالما أن مصيره الانفصال ، ولذلك أخذ حكم المنقول من حيث البيع والرهن والحجز ، مثال ذلك أنقاض المنزل التي تباع وهي قائمة .

ونظرا لأن الحيل تعتبر مخالفة للواقع بهدف ترتيب أثر قانوني معين إلا أنه ينبغي الحذر والتضييق من نطاق استخدانها وعدم التوسع في تفسيرها وقصره في حدود الغرض منها .

---

٦٤ - انظر حسن كيرة : السابق ، رقم ١٠٥ ، ص ٢٠١ .

الفصل الثانى

تقسيم القواعد القانونية من حيث قوتها

يهدف القانون إلى تنظيم نشاط الأفراد فى المجتمع، أى إلى إيجاد قدر من التنظيم الاجتماعى بما يتفق مع العدالة وتحقيق الخير للجميع، ولأجل تنظيمه لنشاط الأفراد وحرياتهم يسن العديد من القواعد، التى تنظم كل منها أو كل مجموعة منها ناحية معينة من نواحى الحياة. هذه القواعد تأتى فى صورة أمر أو نهى يتضمن فرض قيود على حرياتهم ووضع حدود لنشاطهم. لكن ذلك لا يعنى أن تأتى قواعد القانون كالقدر المحتوم الذى لا يملك الأفراد وسيلة للخلاص منه. ولذلك فهناك بعض القواعد القانونية يكون الهدف منها وضع تنظيم أفضل للأفراد بوضع أفضل الحلول لمشاكلهم. وهذا التنظيم يكون هدفه التيسير على الأفراد وهو يكون أفضل لأنه إنما وضعه المشرع بناء على خبرته وتجربته وتصور أنها كذلك، فإذا ما وجدها الأفراد كذلك وعن لهم إتباعها ويوفقوا سلوكهم على هديها كان لهم ذلك. وأما إذا عن لهم وضع تنظيم خاص من جانبهم يناسبهم فلهم ذلك أيضا دون أن يشكل ذلك أدنى مخالفة للقانون وعلى ذلك يسمى النوع الأول من القواعد القانونية التى تتضمن الأمر بالقواعد القانونية الآمرة والنوع الثانى يسمى القواعد القانونية المكملة.

المبحث الأول
تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكملة

القواعد الآمرة Les régles imperatives

هى تلك التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها. وإذن فوصفها بأنها آمرة لا يفيد أنها تأمر أو تنهى، فكل القواعد القانونية تأمر أو تنهـــى ولا تنصح أو تستحســـن، وإنما يفيد أن حكمها لا يمكن تحاشيه أو الفكاك منه. ولئن حاول الأفراد الاتفاق على شئ من ذلك كان اتفاقهم باطلا وترتب الحكم الذى أريد استبعاده. فإرادة الأفراد هنا لا يعتد بها، لأن المنطقة التى تنظها تلك القواعد تبلغ من الأهمية لاستقرار النظام فى المجتمع درجة لاتطيق أى تنظيم آخر يأتى من جانبهم.

ومثال القواعد الآمرة:

القوانين التى تفرض الضرائب والخدمة العسكرية والقوانين التى تحرم المقامرة والرهان كنص المادة ٧٣٩ مدنى "يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان - والقواعد التى تضع حد أقصى لسعر الفوائد الاتفاقية والتى تقضى عدم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد.

القواعد المكملة Les régles supplétives:

يقصد بالقواعد المكملة القواعد غير الآمرة على المعنى المتقدم، أو تلك التى يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها. وحكمة

وجودها أنهـــا تسهـل الحيـاة القانونيـة للأفـراد عـن طـريـق أيســر الحلول. إذ دلت الوقائع فى العمل على أن الأفراد لايتناولون بالتنظيم كل دقائق علاقاتهم وتفاصيلها، وإنما يقتصرون على تنظيم المهم منها. ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة، منها عدم الخبرة التى تمكنهم من حصر كافة التفصيلات وتنظيمها، ومنها ضيق الوقت أو قصور المجهود عن هذا الحصر، ومنها أخيرا عدم إدراك أن جزئية معينة تؤدى فيما بعد إلى الخلاف، فلا يقطعونه بالاتفاق سلفا. ولما كانت مهمة القانون تنظيم الحياة فى الجماعة وجب أن يهتم بما دلت الوقائع على إهمال الأفراد له وأن يضع له التنظيم المناسب حتى إذا ثارت منازعة بمناسبة جزئية من الجزئيات طبق هذا التنظيم. وهذا الذى درج عليه القانون إنما يقوم على افتراض أن الأفراد لم يضعوا تنظيما معينا. أما إذا وضعه الأفراد فإن كان تنظيمهم يتفق مع تنظيم القانون كان بها، وإن كان يخرج عنه فضل تنظيمهم وكانت له الأولوية فى التطبيق. فالقانون ليس حريصا على أن يؤخذ بتنظيمه فى هذا النطاق، لأنه يتناول مسألة لاتتصل بكيان الجماعة فقواعده هنا إنما وضعت أخذا بالأحوط. وبديهى أنه متى كان الأفراد يملكون استبعاد حكم هـــذه القــواعــد فإنهــم يملكون بالأولى عدم وضع أنفسهم فى الفرض الذى تتضمنه[٦٥].

---

(٦٥) أحمد سلامة: السابق - ص٥٩-٦٠.

ومثال القواعد المكملة:

اتفاق البائع والمشترى على المبيع والثمن، حيث يكون للبائع والمشترى حرية تحديد مكان التسليم للمبيع وحرية تحديد مكان دفع الثمن. فالمادة ٤٥٦ مدنى تنص على أنه:

١ - "يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك".

٢ - "فإذا لم يكن الثمن مستحقا وقت تسليم المبيع - وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشترى وقت استحقاق الثمن".

فهذه المادة تضع قاعدة مكملة تتعلق بمكان دفع الثمن. وقضت بأن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع. وهذا التحديد ليس إلزامى من قبل القاعدة وإنما متروك لإرادة الأطراف، فإذا ما حدد الأطراف وقتاً آخر غير وقت التسليم كاتفاقهم على أن يدفع الثمن بعد التسليم كان اتفاقهم صحيحا. وليس فى ذلك أدنى مخالفة. وكذلك النص الذى يقضى بتحديد مكان الوفاء بالثمن وقضى بأنه يكون فى موطن المشترى. ولكن الطرفان قد يتفقا على أن يكون مكان الوفاء بالثمن هو موطن البائع وليس المشترى، ولن يكون فى ذلك أدنى مخالفة للقواعد القانونية التى تحدده بموطن المشترى، وذلك لأنها قواعد موضوعة لمصلحة الأطراف وليست ملزمة لهم وكذلك الأمر بالنسبة لتحديد مكان الوفاء بالأجرة فى عقد الإيجار، حيث تنص المادة ٢/٥٨٦ على أنه يكون الوفاء فى موطن المستأجر مالم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك وكافة أحكام العجز والزيادة فى الشئ المؤجر، والترميمات الضرورية والتأجيرية للعين المؤجرة.

المبحث الثانى

التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

يفرق الفقه عادة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة بمعيار شكلى وآخر موضوعى.

المعيـــار الشكلــــى:

يتم التمييز - وفقا لهذا المعيار - بين القواعد الآمرة والقواعد المكملـة على أساس النظر إلى ألفاظ القاعدة ذاتها[٦٦]. فقد تفيد صراحة أو ضمنا أنها آمرة أو مكملة. فإذا استخدمت القاعدة ألفاظ من قبيل "لا يجوز" أو "باطل" أو "عدم جواز"..إلخ فإن معنى ذلك أنها قاعدة آمرة، أما إذا وردت عبارات مثل "يجوز" أو "مالم يقضى الاتفاق بغير ذلك" أو "مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك"..إلخ فيفهم من ذلك أنها قاعدة مكملة وهذا مايمكن أن يفهمه بسهولة الشخص العادى وللتدليل على ذلك نسوق الأمثلة التالية:

١- تنص المادة ٢/١٣١ مدنى على أن "التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه".

٢- مادة ٥١٥ مدنى تنص على أنه "إذا اتفق على أن أحد الشركاء لايساهم فى أرباح الشركة أو فى خسائرها كان عقد الشركة باطلا".

---

(٦٦) لذلك يسميه البعض بالمعيار اللفظى - سليمان مرقس: السابق - رقـم ٥٣ ص١٢٨.

٣- لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية: مادة ١٠٣١ مدنى.

٤- لايجوز للسماسرة ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم بإسم مستعار" مادة ٤٨٠ مدنى.

٥- لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع عليها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو بإسم مستعار وإلا كان العقد باطلا.

فهى قواعد آمرة كما يتضح من ألفاظ النص القانونى.

أما القواعد المكملة فيمكن أن نورد بعض الأمثلة عليها:

١- تنص المادة ١٠٣ على أنه "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك".

٢- تنص المادة ٨٢٧ مدنى على أنه "تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين مالم يوجد اتفاق يخالف ذلك".

٣- مادة ١٠٨ تنص على أنه "لايجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة".

وبنظرة فاحصة للنصوص الأخيرة نجد أن المعيار الشكلى غير حاسم فى ذاته للتمييز بين القواعد الآمرة والمكملة فهو إن صح ووضح فى أغلب الحالات إلا إنه ليس حاسما فى حالات أخرى وليس أدل على ذلك من النظر للنصوص الأخيرة التى سقناها فنجد أن بعضها يوقع فى الخلط أكثر من التمييز لأن بعضها يستخدم ألفاظ مثل لا، ولايجوز، وهى أصلا من المفروض أنها آمرة وفقا للمعيار الشكلى مع أن هذه النصوص مكملة مثال ذلك نص المادة ١٠٨، المادة ٤٥٨.. ولذلك لزم البحث عن معيار آخر للتفرقة ألا وهو المعيار الموضوعى.

المعيار الموضوعى:

مضمون هذا المعيار أنه ينظر إلى الموضوع الذى تنظمه القاعدة القانونية، فإذا كان وثيق الصلة بكيان المجتمع كانت القاعدة آمرة إذ لايعقل أن يترك المشرع موضوعا على هذه الدرجة من الأهمية لهوى الأفراد وحرياتهم. أما إذا لم يكن الموضوع كذلك بمعنى أنه لايتعلق بمصلحة الجماعة ولايرتبط بكيان المجتمع بل يتعلق بمصلحة خاصة كانت القاعدة مكملة. والمعروف أن الموضوعات التى تتعلق بكيان المجتمع تتعلق بالنظام العام والآداب. وبناء عليه يكون بحث أو تحديد معنى النظام العام والآداب هوم بمثابة تحديد لموضوع القاعدة الآمرة. ولذلك لزم تعريف النظام العام والآداب.

مفهوم النظام العام والآداب Ordre public et bonnes moeurs:

اتخذ المشرع من النظام العام معيارا للتفرقة بين القواعد الآمرة وغيرها، ولكنه لم يعرف النظام العام ولم يحدد فكرته.

وقد حاول الفقه والقضاء ما أغفله المشرع ولكن فكرة النظام العام كانت تستعصى دائما على التعريف. فاكتفى الشراح بتقريبها من الأذهان بقولهم.

إن النظام العام هو الأساس السياسى والاجتماعى والاقتصادى والخلقى الذى يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها، وهى تعبر بصفة عامة عن الأسس أو المصالح الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التى يقوم عليها نظام المجتمع[٦٧].

وحاولت **محكمة النقض** حديثا تعريف النظام العام إذ قررت أنه يشمل القواعد التى ترعى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من

---

(٦٧) سليمان مرقس: السابق - رقم ٥٦ ص١٣٧ - سمير تناغو: السابق - رقم ٣١ ص٨٩. أحمد سلامة: السابق - رقم ٤٢ ص٦٣. حسن كيرة: السابق - رقم ٢٠ ص٤٧. هذا وقد رأى المشرع العراقى ضرورة تقريب فكرة النظام العام إلى الأذهان بالنص على بعض المسائل التى تعتبر داخلة فيها، فقال فى المادة ١٣٠ فقرة ثانية من التقنين المدنى؛ "ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف فى الوقف وفى العقار والتصرف فى مال المحجور ومال الدولة وقوانين التسعير الجبرى وسائر القوانين التى تصدر لحاجة المستهلكين فى الظروف الاستثنائية" أورده سليمان مرقس السابق نفس المكان.

الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتى تتعلق بالوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد وتقوم فكرته على أساس مذهب علمانى بحت يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها[٦٨].

<u>الآداب العامة Bonnes moeurs:</u>

يقصد بالآداب العامة، فى أمة معينة وفى جيل معين، مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبى يسود علاقاتهم الاجتماعية. وهذا الناموس الأدبى هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس[٦٩]. فالآداب العامة هى تعبير عن الجانب المعنوى لفكرة النظام العام وتشمل ما يهيمن على الجماعة من عقائد راسخة ومبادئ أخلاقية واقتصادية. إذن فمن بين أوجه الوضع المعنوى: الأسس الخلقية التى

---

(٦٨) نقض مدنى ١٧ يناير ١٩٧٩ - مجموعة أحكام النقض - ١٣٠ - رقم ٦٠ ص٢٧٦ وأنظر فى تحديد القواعد القانونية التى تعتبر من النظام العام - نقض مدنى ٢٣ أبريل ١٩٨٠ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٣١ - رقم ٢٣٠ ص١١٩٣ حيث حددتها محكمة النقض بأنها تلك القواعد التى يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولايجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، لأن المصالح الفردية لاتقوم أمام المصلحة العامة.

(٦٩) عبدالرازق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى(١) نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - المجلد الأول - العقد - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - ١٩٨١ - رقم ٢٢٨ ص٥٣٤.

يقوم عليها المجتمع والتى يعتبر الخروج عليها مظهرا من مظاهر الإنحلال[٧٠].

وللدين أثر كبير فى تكييف الناموس الأدبى. وكلما اقترب الدين من الحضارة كلما ارتفع المعيار الخلقى، وزاد التشدد فيه. ومن هنا نرى أن العوامل التى تكيف الناموس الأدبى كثيرة مختلفة. **فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك، بل فى الصميم منه، ميزان إنسانى يزن الحسن والقبح، ونوع من الإلهام البشرى يميز بين الخير والشر**، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبى الذى يخضع الناس له، ولو لم يأمرهم القانون بذلك.

ومعيار الآداب أو "الناموس الأدبى" ليس معيارا ذاتيا يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتى، بل هو معيار اجتماعى يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس. وهو فى ذات الوقت معيار غير ثابت، يتطور تبعا لتطور الفكرة الأدبية فى حضارة معينة[٧١].

---

(٧٠) أحمد سلامة: السابق - رقم ٤٣ ص٦٣.

(٧١) السنهورى: السابق - ص٥٣٦. ونرى أن للحضارة تأثيرها على وضع الآداب العامة فى المجتمع. فإذا كان المفروض أنه كلما تقدمت حضارة مجتمع معين كلما تقدم مفهوم الآداب العامة فيه وازداد المفهوم الأخلاقى، لكن الملاحظ أنه يصاحب التقدم الحضارى الإنحلال الخلقى وخاصة فى ظل المذهب الرأسمالى.

الباب الثالث

مصـــــــادر القانـــــــون

مصـــادر القانـــون

المصادر الرسمية للقانون المصرى :

المصدر هو وسيلة إخراج القاعدة القانونية إلى الأفراد، أو الطريق المعتمد الذى تنفذ منه قاعدة من قواعد السلوك إلى دائرة القانون الوضعى وتكتسب بمرورها منه عنصر الإلزام، أى أنها تصبح بمرورها منه ملزمة للجميع. والنظام القانونى هو الذى يحدد على سبيل الحصر الطرق التى تمر بها مادة القاعدة حتى تنتقل من نطاق قواعد السلوك العادى إلى نطاق القانون الوضعى. بل إن القانون لايورد هذه الطرق فقط وإنما يوردها بالترتيب، ويحدد قوة كل منها الإلزامية وبديهى أنه فى هذا أن يكون ترتيبها حسب قوتها الملزمة. وكذلك فإن القانون حينما يحدد مصادر القاعدة القانونية فإنه يوردها على سبيل الحصر وهذا مافعله القانون المصرى.

فقد حددت المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى هذه المصادر، فنص فى المادة الأولى منه على أن "تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها، فإن لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، يحكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة"٠

ومن هذا النص يتبين أن مصادر القانون المصرى هى التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية - مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، وترتيبها بهذا الشكل يحدد دورها فى اعتبارها مصادر للقانون، أى أن التشريع هو المصدر الذى يأتى فى الصدارة، أو هو المصدر الأصلى، يليه بعد ذلك العرف الذى لايلتجأ إليه لمعرفة حكم القانون فى أى مسألة إلا إن لم يوجد لها تنظيم فى التشريع، فإن لم يسعفنا العرف بحكم، إنتقلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وإن لم نجد فيها، نبحث فى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى وهو أمر نادر.

لكن هذا التعداد لهذه المصادر بهذا الترتيب لايسرى بالنسبة لقواعد القانون التى تحكم مسائل الأحوال الشخصية أى علاقات الأسرة من زواج وطلاق، وما يترتب على الزواج من نسب وقرابة وكافة الحقوق الأخرى، فهذه المسائل تستمد القواعد التى تنظمها أولا من التشريع، فإن لم يوجد فى التشريع حكم لها، نرجع فى القواعد التى تحكمها إلى الشرائع الدينية للمسلمين أو المسيحيين أو اليهود، بحسب عقيدة أطراف علاقة الأحوال الشخصية، والشريعة الدينية، هى التى تحدد عندئذ المصادر التى تستمد منها قواعدها الدينية. فالدين إذن مصدر تالى للتشريع، بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية أى هو مصدر رسمى للقانون المصرى فى هذه المسائل.

بخلاف ذلك يبقى ترتيب مصادر القانون المصرى مترتبة على النحو التالى:

١ - التشريع.

٢ - العرف.

٣ - مبادئ الشريعة الإسلامية.

٤ - مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

الفصل الأول

أولا: التشريع LOI OU LÉGISLATION

المبحث الأول

ســــن التشـريـــــــع

قبل أن نبحث فى كيفية سن التشريع ينبغى أولا بيان مفهوم التشريع وأنواعه وخصائصه.

معنـــــى التشريــــع :

يقصد بالتشريع أحد معنيين:

الأول: كل قاعدة من القانون المكتوب، **والثانى**: وضع القواعد المكتوبة عن طريق السلطة التى يعطيها الدستور هذا الاختصاص.

فالمقصود بالتشريع، كمصدر رسمى للقانون، سن القواعد القانونية، وإخراجها محددة بألفاظ معينة بواسطة سلطة مختصة بذلك، فكل سلطة يحق لها أن تصدر قواعد عامة مجردة ملزمة للأفراد يكون عملها فى ذلك تشريعا، والسلطة التى تختص أساسا بهذا العمل تسمى "السلطة التشريعية" وبهذا المعنى يكون معنى التشريع هو قيام السلطة المختصة فى الدولة بوضع قواعد عامة ملزمة لتنظيم العلاقات فى المجتمع طبقا للإجراءات المقررة.

كما يطلق لفظ التشريع على ذات القاعدة التى تصدر عن هذه السلطة بهذه الطريقة[٧٢].

خصائص التشريع :

والتشريع بهذا المعنى يتضمن قاعدة قانونية، ويتضمن قاعدة مكتوبة، ويصدر التشريع عن سلطة عامة مختصة[٧٣].

التشريع يضع قاعدة قانونية:

معنى ذلك أن التشريع يضع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة. ولذلك لا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الأمر الذى يصدر عن سلطة عامة مختصة فى الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا برابطة أو واقعة معينة بذاتها. لأن مثل هذا الأمر - بالرغم من صدوره عن سلطة عامة مختصة بإصداره – لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك. إذ لا يتوجه إلى طائفة غير محدودة من الأفراد بخطاب موجه إليهم بصفاتهم لا بذاتهم، فالتشريع إذن - حتى يعتبر كذلك - ينبغى أن تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية السابق ذكرها من العمومية والتجريد وغيرها. لذلك يذهب الفقه لتقسيم التشريع إلى تشريع بالمعنى الشكلى وتشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى.

---

(٧٢) أنظر: أحمد سلامة: السابق - ص٦٨، حسن كيرة: السابق - رقم ١٢٣ ص٢٢٨. جميل الشرقاوى: السابق - رقم ٣٧ ص٨٨- سليمان مرقس: السابق- رقم ٧٠ ص١١٩. سمير تناغو: السابق - رقم ٨٩ ص٢٩٣.

(٧٣) أنظر حسن كيرة: السابق - سمير تناغو: السابق - نفس المكان.

فالتشريع بالمعنى الشكلى هو عبارة عن النص أو الحكم الذى يصدر فى صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية يعتبر تشريعا من الناحية الشكلية، بينما لايصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية على الأحكام التى لاتتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية. وبهذا فإن التشريع الذى هو مصدر رسمى للقاعدة القانونية لا يمكن أن يكون كذلك إلا بمعناه الشكلى والموضوعى معا. وعلى ذلك، فإذا كان الدستور يقضى بأنه لايجوز عقد قرض عمومى إلا بموجب قانون، ولامنح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود، فإن القانون أو التشريع الصادر بعقد القرض أو بمنح الاحتكار لا يعتبر قانونا بالمعنى الموضوعى لتخلف صفة العموم والتجريد فيه وهى من خصائص القاعدة القانونية الرئيسية، وإن كان يعتبر قانونا بالمعنى الشكلى لصدوره عن السلطة التشريعية العادية. وكذلك فإذا كانت ميزانية الدولة تصدر فى صورة قانون أو تشريع، فإن هذا الوصف صحيح من الناحية الشكلية وحدها دون الناحية الموضوعية.

التشريع يتضمن قاعدة مكتوبة :

من أهم مميزات التشريع أنه يصدر فى صورة مكتوبة فى وثيقة رسمية. وصدور التشريع فى صورة مكتوبة يتضمن له مزايا كثيرة هذه المزايا جعلته يتفوق على سائر مصادر القانون وخاصة العرف.

فصدور التشريع فى صورة مكتوبة يجعل القاعدة القانونية محددة وثابتة وواضحة بما ينفى عنها الغموض والإبهام، بما لايدع مجالا للشك حول إثبات وجودها أو تاريخ نشأتها، وتحديد نطاق سريانها المكانى والزمانى بشكل يقينى.

أيضا كتابة التشريع تسمح للقانون بالتطور ومسايرة حاجات الجماعة وتنفى عنه الجمود والتخلف، لأن المشرع يستطيع تعديل التشريع المكتوب أو إلغاؤه وإصدار تشريع جديد بعبارات مكتوبة تتفق مع المستجدات وحاجات الجماعة. وإن كان العرف يتميز عن التشريع من هذه الناحية فالعرف يتسم بالمرونة والاستجابة التلقائية لحاجات المجتمع.

التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة:

بمعنى أن الذى يتولى وضع التشريع أى كتابته بألفاظ فنية قانونية دقيقة محدده سلطة عامة مختصة بذلك، ولايحق لأى جهة أو سلطة غير مختصة وضع التشريع. وهذه السلطة المختصة بإصدار التشريع هى أساس السلطة التشريعية التى تتولى وضع التشريع العادى، ولكن إذا كانت مهمة وضع التشريع موكولة للسلطة التشريعية، فإن ذلك ليس الشكل الوحيد لإصدار التشريع.

فالتشريع قد يصدر أيضا عن السلطة التنفيذية ممثلة فى رئيس الجمهورية أو من ينيبه فى ذلك.

بالإضافة إلى ذلك فإن هناك ما يسمى بالدستور وهو يأتى فى قمة الهرم التشريعى حيث يعلو الدستور على كل من التشريع العادى الذى يصدر مجلس الشعب والتشريع الفرعى الذى يصدر عن السلطة التنفيذية.

والدستور قد يوضع من قبل الحاكم أو عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب أو فى صورة تعاقد بين الحاكم والشعب أو قد يوضع عن طريق استثناء شعبى مباشر.

أنــواع التشــريــع

توجد ثلاثة أنواع من التشريع هى:

١ - التشريع الدستورى.

٢ - التشريع العادى أو الرئيسى.

٣ - التشريع الفرعى.

أولا: سن التشريع الدستورى

التشريع الدستورى أو الدستور :

ويطلق عليه أيضا القانون الأساسى، ويقصد به مجموعة القواعد التــى تحـــدد شكـــل الـــدولـــة ونظـــام الحكـــم فيهـــا والتـــى تبين حقوق الأفراد الأساسية وحرياتهم. وهو يمثل قمة التشريعات

بمعنى أنه يعلو على جميع التشريعات وهذا يقتضى أنه يجب أن تصدر جميع التشريعات فى إطاره ولا تخالفه وإلا كانت باطلة وغير دستورية.

طريقة وضع الدستور:

تختلف طريقة وضع الدستور من دولة إلى أخرى ومن نظام حكم إلى آخر. وهناك أربعة طرق أساسية لوضع الدستور:

الطريقة الأولى: المنحة :

وفيها يقوم الحاكم بإصدار الدستور فى صورة منحة منه إلى الشعب. وهو تعبير عن نظام الحكم المطلق الذى يملك فيه الحاكم (الملك) كل شئ، ولكن وتحت ضغط شعبى ونزولا على إرادة الشعب فإن الحاكم يتنازل عن جزء من سلطاته وبعد أن كان حكمه مطلقا فإنه ينتقل إلى تقييد حكمه فيتصالح مع شعبه بإصدار أو بمنح الدستور لهم ومثال ذلك دستور ١٩٢٣ فى مصر ودستور فرنسا عام ١٨١٤.

الطريقة الثانية: طريقة التعاقد:

وهى عبارة عن اتفاق أو تعاقد بين إرادة الحاكم وممثلى الشعب، ومثالها دستور فرنسا الصادر عام ١٨٣٠ وأحدثها دستور الكويت الصادر سنة ١٩٦٢.

الطريقة الثالثة: طريقة الجمعية التأسيسية:

وهى تمثل الطريقة الديمقراطية فى إصدار الدستور، ويتم عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب، تكون مهمتها وضع الدستور فقط أى تنتخب لهذا الغرض وحده وينتهى وجودها بانتهاء مهمتها، وأما أن تكون هذه الجمعية هى ذاتها الجمعية التشريعية التى تباشر بصفة مؤقتة وظيفة الجمعية التأسيسية، فتجمع بذلك بين الوظيفة التأسيسية والتشريعية فى نفس الوقت. ولعل وضع الدستور عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة لهذا الغرض وحده أفضل من وضعه عن طريق جمعية تأسيسية تباشر فى نفس الوقت السلطة التشريعية العادية، وذلك حتى لايقع أى لبس حول الطبيعة التأسيسية للعمل الذى تقوم به السلطة التى تضع الدستور. وهذه إحدى الطرق الديمقراطية فى وضع الدساتير. حيث أن وجود جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب لتتولى وضع الدستور يعنى أن الجمعية إنما تعبر عن إرادة الشعب عند وضعها للدستور.

ومثال هذه الطريقة دساتير الولايات المتحدة الأمريكية والدستور الفيدرالى للولايات المتحدة الأمريكية عام ١٧٧٨ ودساتير فرنسا عام ١٧٩١، ١٨٤٨، ١٨٧٥.

الطريقة الرابعة: طريقة الاستفتاء :

وذلك بطرح الدستور على الشعب فى استفتاء عام، بعد وضعه من قبل لجنة خاصة أو أحد الأفراد المعنيين من قبل الحكومة[٧٤]. أو

---

(٧٤)سمير تناغو: السابق - رقم ٩٤ ص٣٠٥.

جمعية منتخبة من أفراد الشعب، ومثال هذه الطريقة دستور ١٩٥٦ الذى أعدته الحكومة وطرحته للاستفتاء الشعبى العام فحصل على موافقة الأمة، وكذلك تم وضع دستور مصر الدائم عام ١٩٧١ بطريق الاستفتاء الشعبى العام يوم ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ حيث حصل على موافقة الأمة.

وتعتبر طريقة الجمعية التأسيسية أفضل طرق وضع الدستور حيث ينفسح المجال لتمحيص أحكامه تفصيلا، وهو مايستحيل تحقيقه فى الاستفتاء حيث يجب إما قبول مشروع الدستور المعروض برمته أو رفضه كاملا، وهو ما لايترك فرصة حقيقية للاختيار. إذ قد يضطر الشعب إلى تفضيل الموافقة على دستور لايقر بعض أحكامه لتجنيب البلاد عواقب رفضه من تركها محكومة لفترة أخرى - حتى يوضع مشروع آخر يرتضيه - حكما استثنائيا دون دستور. ولابأس على أى حال - بل قد يكون أفضل - سن الدستور بشكل يجمع بين طريقة الاستفتاء وطريقة الجمعية التأسيسية، بأن تتولى جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة أحكامه مناقشة كاملة تفصيلية، على أن يطرح من بعد للاستفتاء الشعبى[٧٥].

فقد نصت المادة ١٩٣ من دستور ١٩٧١ على أنه "يعمل بهذا الدستور من تاريخ إعلان موافقة الشعب عليه فى الاستفتاء" وهو بهذا الشكل يختلف عن التشريع العادى. فلا يشترط فى التشريع الدستورى

---

(٧٥) حسن كيرة: السابق رقم ١٢٨ ص ٢٣٢.

لنفاذه أن تقوم السلطة التنفيذية بإصداره ونشره، بل يعتبر نافذا بمجرد إعلان موافقة الشعب عليه، هذا بعكس التشريع العادى - كما سنرى - يلزم لنفاذه إصداره ونشره من قبل السلطة التنفيذية.

كيفية تعديل التشريع الدستورى أو الدستور:

تختلف كيفية تعديل الدستور بحسب ما إذا كان الدستور جامدا أو مرنا، فالدستور الجامد لايمكن تعديل أحكامه أو إلغاؤه إلا باتباع إجراءات وشروط خاصة تختلف عن تلك الإجراءات التى تتبع فى إصدار التشريعات العادية.

أما الدستور المرن فيكفى لتعديل أحكامه أو إلغاؤها صدور قانون أو تشريع عادى عن السلطة التشريعية كما هو الشأن فى تعديل أو إلغاء القوانين العادية.

(١) الدستور المصرى الدائم دستور سنة ١٩٧١ يعتبر من الدساتير الجامدة ويلزم لتعديله إجراءات خاصة نصت عليها المادة ١٨٩ منه وهى:

١- تقديم طلب بالتعديل. ويقدم الطلب إما من رئيس الجمهورية وإما من ثلث أعضاء مجلس الشعب على الأقل. ويذكر فيه المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل.

٢- موافقة مجلس الشعب على مبدأ التعديل، أى أن طلب التعديل سواء قدمه رئيس الجمهورية أو من أعضاء مجلس الشعب يتعين عرضه على هذا المجلس لمناقشة مبدأ التعديل. ويصدر المجلس قراره فى

هذا الشأن بأغلبية أعضائه. فإذا رفض المبدأ فلا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضى سنة على هذا الرفض. أما إذا وافق المجلس على مبدأ التعديل بقى أن يوافق بعد ذلك على التعديل ذاته.

٣- موافقة مجلس الشعب على صيغة التعديل. يعرض التعديل على مجلس الشعب لمناقشته بعد شهرين من تاريخ الموافقة على مبدأ التعديل. ويشترط فى الموافقة على التعديل المطلوب أغلبية ثلثى عدد أعضاء المجلس. ومتى تمت هذه الموافقة اعتبر التعديل نافذا من تاريخ الموافقة.

٤- موافقة الشعب فى استفتاء عام. بعد أن يوافق مجلس الشعب على صيغة التعديل تعرض هذه الصيغة على الشعب فى استفتاء عام، فإذا أقرها أصبحت نافذة من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

ثانيا: سن التشريع العادى (أو القانون بالمعنى الضيق)

يقصد بـــ "سن التشريع وإصداره" الخطوات التى تتخذ حتى تصبح له قوة التنفيذ. ذلك أن سن التشريع بالمعنى الدقيق يفيد الخطوات التى تقوم بها السلطة التشريعية، أما إصداره فيعنى الخطوات التى يقوم بها رئيس الجمهورية[٧٦]. لجعله نافذا.

ويقصد بالتشريع العادى، مجموعة القواعد القانونية التى تصدرها السلطة التشريعية فى الدولة وفقا للإجراءات المنصوص عليها

---

(٧٦)أحمد سلامة: السابق - رقم ٥١ ص٧٥. وأنظر: جميل الشرقاوى: السابق - رقم ٤٠ ص٩٨.

فى الدستور ففى مصر يختص مجلس الشعب بإصدار التشريع ووفقا لما هو مبين فى الدستور المصرى. فقد بين الدستور المصرى كيفية سن التشريع العادى عن طريق مجلس الشعب. وبين الدستور مراحله وإجراءاته فى المواد من ١٠٩ إلى ١١٣ منه.

مراحل سن التشريع العادى ونفاذه

يمر سن التشريع العادى ونفاذه بخمس مراحل حتى يصبح نافذا ملزما وهى:

١- اقتراح التشريع.

٢- الموافقة عليه من مجلس الشعب.

٣- تصديق رئيس الجمهورية عليه.

٤- إصدار رئيس الجمهورية للتشريع.

٥- نشر التشريع.

١- اقتراح التشريع Proposition de la loi:

أولى مراحل سن التشريع هى مرحلة الاقتراح، أى عرض مشروع القانون المراد على مجلس الشعب. وحق اقتراح القوانين يثبت لرئيس الجمهورية، وكذلك لأى عضو من أعضاء مجلس الشعب، وفقا للمادة ١٠٩ من الدستور.

وإذا قدم الاقتراح من رئيس الجمهورية أو من أحد الوزراء سمى مشروع بقانون، وإذا قدم الاقتراح من أحد أعضاء مجلس الشعب سمى اقتراح بقانون.

١- الاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية أو أحد الوزراء (المشروع بقانون): فيه يستعين رئيس الجمهورية فى ممارسة هذا الحق بوزرائه، فتبدأ الفكرة فى دواوين الحكومة وتصل إلى الوزير المختص بعد فحصها من أخصائيين فى موضوعها وعرضها على هيئات فنية مختلفة. فإذا أقرها الوزير أحالها إلى قسم التشريع بمجلس الدولة لمراجعتها من حيث الصياغة القانونية[٧٧]. ثم تعرض هذه الصيغة على رئيس الجمهورية، فإذا أقرها أرسلها إلى مجلس الشعب، الذى يحيلها بدوره إلى اللجنة المختصة بفحص الموضوع لتقديم تقريرها عنه.

٢- الاقتراح المقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب (الاقتراح بقانون) حيث لأعضاء مجلس الشعب الحق فى اقتراح القوانين، ويقدم الاقتراح إلى مكتب المجلس. ويحال الاقتراح إلى لجنة خاصة لتبدى رأيها فيه قبل عرضه على المجلس حيث تقرر اللجنة مدى صلاحيته للعرض على المجلس. فإن وجد صالحا لذلك يعرض على المجلس.

<u>٢- موافقة مجلس الشعب على الاقتراح أو المشروع:</u>

سواء قدم الاقتراح من رئيس الجمهورية أو أحد وزرائه أو قدم من أحد أعضاء مجلس الشعب على النحو السابق، فإنه يعرض

---

(٧٧) حيث يوجد بمجلس الدولة قسم للفتوى والتشريع، أنظر المادة ٦٣ من قانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة.

الاقتراح على مجلس الشعب لمناقشته ثم يؤخذ الرأى عليه، أى يتم التصويت عليه مادة مادة وذلك كما تنص المادة ٢/١٠٧ من الدستور.

ووفقا للمادة ١٠٧ يلزم حضور أغلبية أعضاء مجلس الشعب حتى يكون انعقاده صحيحا، وأن يصدر المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين (النصف + واحد) وعند تساوى الأصوات يعد الموضوع الذى جرت مناقشته مرفوضا. فإذا كان عدد أعضاء المجلس أربعمائة عضو. لاينظر عند التصويت وحساب الأغلبية إلى هذا العدد (٤٢٠) وإنما تحسب الأغلبية بحسب الحاضرين، فإذا كان عدد الحاضرين بالجلسة ثلثمائة عضو، فإنه يلزم أن يحصل الاقتراح على موافقة ١٥١ عضو أما إذا حصل على موافقة ١٥٠ عضو، فإن الاقتراح يعد مرفوضا.

ووفقا للمادة ١١١ من الدستور فإن كل اقتراح بقانون قدمه أحد أعضاء مجلس الشعب ورفضه المجلس، لايجوز تقديمه ثانية فى دور الانعقاد ذاته.

٣- تصديق رئيس الجمهورية:

بعد موافقة مجلس الشعب على مشروع القانون بحصوله على الأغلبية المطلوبة، يرسل المجلس المشروع إلى رئيس الجمهورية للموافقة عليه. ولرئيس الجمهورية حق إصدار القانون أو الاعتراض عليه وفقا للمادة ١١٢ من الدستور. فإذا ما رفع المشروع لرئيس

الجمهورية فالأمر لايخلو من أحد فرضين: أن يصدر الرئيس القانون، أو أن يعترض عليه ويرده إلى المجلس. وهو يصدره إذا لم يكن لديه اعتراض على أن يكون المشروع قانونا. والإصدار يفيد أمرين: الأول أنه يعتبر شهادة ميلاد بالنسبة للقانون الجديد ويثبت أن السلطة التشريعية قد وضعت قانونا وفق أحكام الدستور، والثانى أنه يتضمن أمرا إلى أعضاء السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون الجديد.

أما الفرض الثانى فهو أن يعترض رئيس الجمهورية على المشروع. وحينئذ يجب عليه أن يرد المشروع إلى المجلس فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ رفع المجلس للمشروع إليه، وهنا نكون أيضا أمام فرضين الأول: ألا يرد رئيس الجمهورية المشروع إلى المجلس فى خلال هذه المدة (٣٠ يوم)، فهنا يعتبر ذلك بمثابة عدم اعتراض من جانب رئيس الجمهورية وأصبح المشروع قانونا من قوانين الدولة، أى أنه بعدم الرد فى خلال المدة يصير المشروع قانونا ويلتزم رئيس الجمهورية بإصداره. أما الفرض الثانى: إرسال رئيس الجمهورية للمشروع إلى المجلس فى خلال مدة الثلاثين يوما (بعدم الموافقة) فإنه يجب على المجلس إعادة مناقشة المشروع ثانية ثم التصويت عليه من جديد. وهنا يلزم أن يوافق المجلس عليه بأغلبية جديدة تختلف عن الأغلبية السابقة، حيث يلزم أن يوافق عليه المجلس بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس كله الغائب والحاضر، فإذا حصل المشروع على أغلبية الثلثين هذه اعتبر قانونا والتزم رئيس الجمهورية بإصداره، ونلاحظ أن الأغلبية فى هذه الحالة أكبر من الأغلبية فى الحالة الأولى حيث تحتسب

أغلبية العدد كله أى أغلبية الــ (٤٢٠ عضو) مثلا حيث يلزم أغلبية ثلثى هذا العدد.

ولا يجوز لرئيس الجمهورية فى هذه الحالة رده مرة ثانية لمجلس الشعب. أما إذا لم يحصل المشروع على أغلبية الثلثين هذه سقط مشروع القانون.

٤ - إصدار التشريع:

هو عبارة عن عمل يقصد به تسجيل الوجود القانونى للتشريع بعد انتهاء مراحله التشريعية، والإصدار يقوم به رئيس الدولة باعتباره رأس السلطة التنفيذية، وهو يتضمن أمرا موجها لعمال السلطة التنفيذية باعتماده ضمن قوانين الدولة النافذة.

وفى جميع الأحوال التى يصدر فيها التشريع فإنه يعطى رقما مسلسلا خلال السنة التى يصدر فيها ويؤرخ بتاريخ إصداره من رئيس الجمهورية.

٥ - نشــر التشريـــــع :

فهو إجراء لاحق للإصدار، يقصد منه حمل التشريع إلى علم الكافة، وهو إجراء لابد منه لكى يعتبر الناس قد خوطبوا بالتشريع، بحيث إذا لم يقع فإن التشريع بالرغم من وجوده ونفاذه فإنه لايلزمهم. لأن النشر إعلان للكافة، وهو أمر لازم يفرضه المنطق والعدالة. إذ من

غير المعقول أن يؤخذ الناس بأحكام التشريع من دون إعلامهم به لأن هذا ظلم يأباه القانون بل والمنطق.

وسيلة النشر:

لم يترك الدستور وسيلة إعلام الناس بالقانون من دون تحديد، بل نص الدستور على وجوب نشر القوانين الجديدة فى الجريدة الرسمية[٧٨].

(٧٨) أحمد سلامة: السابق - ص٧٧ - جميل الشرقاوى: السابق - ص١٠٣.
كانت الجريدة الرسمية تسمى قبل ١٣ من مارس سنة ١٩٥٨ بالوقائع المصرية، وبعد قيام الجمهوية العربية المتحدة صدر قرارا جمهوريا بإنشاء الجريدة الرسمية (صدر هذا القرار فى ١٣ من مارس سنة ١٩٥٨ وعدل بالقرار رقم ١٦٨ لسنة ١٩٥٩ الصادر فى ٨ من فبراير سنة ١٩٥٩). فبات لدى مصر جريدتان: الأولى الوقائع المصرية والثانية الجريدة الرسمية وخصص المشرع الأولى لنشر الإعلانات الحكومية والقضائية وغير ذلك مما تقضى القوانين بضرورة نشرها. أما الثانية (الجريدة الرسمية) فهى التى تنشر بها القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ونوابه والقرارات الوزارية. وفى ٢ أبريل سنة ١٩٦٧ صدر قرار جمهورى جديد خصص الجريدة الرسمية لنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ونوابه بما يختصون أو يفوضون فيه من الرئيس وقرارات رئيس مجلس الوزراء وأحكام كل من المحاكم الدستورية العليا ومحكمة القيم وذلك أسبوعيا مع جواز إصدار أعداد غير عادية منها فى غير المواعيد المقررة فى الحالات العاجلة. وبمقتضى هذا القرار أصبح للجريدة الرسمية ملحقا مستقلا يوميا يسمى الوقائع المصرية يختص بنشر جميع القرارت عدا ما ذكر فى المادة الأولى وغير ذلك مما تقضى القوانين والقرارات بضرورة نشره (المادة ٣). ونصت المادة ٤ على أن تصدر الوقائع المصرية يومية.
أنظر: برهام محمد عطاالله، أساسيات القانون الوضعى. مدخل إلى الدراسات القانونية - طبعة ١٩٦٨ ص٣٥ هامش رقم (١). سليمان مرقس: السابق - ص١٩٢ هامش ٤٨ - حسام لطفى: ص٩٩.

خلال أسبوعين من يوم إصدارها (مادة ١٨٨). بحيث لايغنى عن النشر فى الجريدة الرسمية أى طريق آخر، حتى ولو كان أكثر فاعلية فى إعلام الناس، كالإذاعة أو الصحف اليومية مثلا، ولا يكفى مجرد النشر بالجريدة الرسمية وإنما لابد من أن توزع أعداد هذه الجريدة، بحيث إذا طبع التشريع بها ولم توزع فإن إجراء النشر يعتبر لم يتم ولا يحاسب الناس بأحكام التشريع ذلك أن من شأن النشر أن يعلم الناس ولا يتحقق ذلك بمجرد الطبع[٧٩].

---

(٧٩) إن النشر فى الجريدة الرسمية هو السبيل الوحيد لإعلام الناس بالقانون، فلاتغنى عنه وسيلة أخرى مثل اللصق على الجدران أو التوزيع على الأفراد. كذلك حتى لو كان المطالب بتطبيق القانون يعمل برياسة الجمهورية مختص بعرض القوانين لإصدارها. فمثل هذا الموظف لايؤاخذ بالقانون لمجرد علمه به فعلا قبل نشره فى الجريدة الرسمية فلابد من النشر فى الجريدة الرسمية. (أنظر: عبدالحى حجازى رقم ١٦٠ ص١٥٦).

مؤدى ذلك أنه إذا حالت ظروف قاهرة مثل نشوب حرب، أو وقوع فيضان أو زلزال، أو تأخر توزيع الجريدة الرسمية عن تاريخ طبعها لعدة أيام، دون علم الشخص امتنع تنفيذ القانون عليه طالما بقى الظرف القاهر قائما.

أنظر فى صدد تأخر توزيع الجريدة الرسمية نقض مدنى ٦٥/٤/٨ - مجموعة المكتب الفنى. السنة ١٦ رقم ٧٧ ص ٤٧٦ وإذا كان تاريخ طبع الجريدة الرسمية التى نشر فيها القانون مختلفا عن التاريخ الذى خرجت فيه الجريدة من المطبعة لتوزيعها كانت العبرة بتاريخ التوزيع لا بتاريخ الطبع (نقض مدنى جلسة ٢٤ يونيو ١٩٥٨، مجموعة الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية- السنة التاسعة العدد الثانى رقم ٨١ ص٦٣٩ أشار إليه حجازى ص١٥٦- نقلا عن شمس الدين الوكيل).

وأنظر: لايعد كذلك الإقامة خارج البلاد طوال المدة التى حددها القانون لتقديم طلب الحصول على المعاش (محكمة القضاء الإدارى - القضية رقم ٨٣٦ س٥ رق٢٨ من مايو ١٩٥٣ - مجموعة أحكام المحكمة، رقم ٦٩٨ ص١٣٤١.

والتوزيع المقصود به وضع أعداد كافية من الجريدة الرسمية تحت تصرف العامة. فقد حكم بأن تأخر وزارة العدل فى إبلاغ المحاكم بالقانون الجديد لايعادل عدم توزيعها ومن ثم لا أثر له على بدء سريان القانون، نقض مدنى ٢٨ يونيو ١٩٧٨ - مجموعة المكتب الفنى - س ٢٩ رقم ٣٠٩ ص١٥٩٩.

وأنظر الشرقاوى - السابق ص١٠٣.

ولكن لايكون الشتريع نافذا بمجرد النشر، وذلك أن تحقيق الغاية من النشر، وهى علم الأفراد بالتشريع، وتأهبهم للخضوع لأحكامه، يقتضـــى أن تترك مدة بعد النشر قبل نفاذ القانون أى قبل أن يصبح ملزما هذا هو الأصل. ولذلك نص الدستور على أن القانون يعتبر معلوما فى جميع أنحاء الدولة بعد انقضاء شهر من نشره مالم ينقض هذا الميعاد أو يمد بنص صريح فى التشريع الصادر. وعلى ذلك فإن إلزام التشريع الجديد يبدأ عند انتهاء اليوم الأخير من مدة الشهر إلا إذا نص فيه على غير ذلك. فقد يحدث أن تطول المدة عن شهر فقد تكون شهرين أو ثلاثة. وقد يحدث أن تقصر المدة إلى أسبوعين أو عشرة أيام أو أسبوع. وقد يحدث أن لاتحدد مدة نهائيا وإنما يكون التشريع نافذا أى ملزما بمجرد نشره إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة.

فإن لم يتضمن التشريع تحديدا لموعد نفاذ القانون كان العمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ النشر (مادة ١٨٨ من الدستور).

إذن وبالنشر فى الجريدة الرسمية - يفترض علم الناس بأحكام التشريع ولايستطيع أحد أن يدعى عدم علمه بالقانون، حتى ولو كانت ظروفه الخاصة تؤدى إلى إثبات صدق هذا الإدعاء، كما لو كان عاجزا عن القراءة.

فبمجرد مضى المدة المحددة يطبق التشريع حتى ولو تصادف أن الكثيرين لم يعلموا به. فليس المقصود بالنشر إعلام الناس إعلاما فعليا بل اتخاذ ما من شأنه أن يعلمهم.

.أخيرا يجب ملاحظة أنه وفقا لنص المادة ١٨٨ من الدستور يعمل بالقانون بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ النشر بمعنى أن بداية الشهر تحسب من اليوم التالى لتاريخ النشر ولا يحسب يوم النشر هذا ما لم ينص القانون على غير ذلك.

والنشر إجراء ضرورى لنفاذ القانون سواء كنا بصدد تشريع أساسى (دستورى) أو تشريع عادى أو تشريع فرعى أى النشر لازم لنفاذ التشريع أيا كان نوعه(٨٠).

---

(٨٠) سليمان مرقس: السابق - رقم ٨٦ ص١٩٠.

مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون(*)

سبق القول بأن الوسيلة الوحيدة التى تحمل علم الناس بالتشريع هى نشرة فى الجريدة الرسمية فإذا ما نشر التشريع فى الجريدة الرسمية ومرت المدة المحددة فيه لنفاذه دخل التشريع حيز التنفيذ، وأصبح ملزماً للكافة سواء علموا به أم لم يعلموا به، بحيث أنه لا يقبل من أحد الادعاء بعدم تطبيق القانون عليه بدعوى عدم علمه به. أى لا يستطيع أحد أن يطالب بعدم تطبيق القانون عليه بدعوى عدم علمه به. وهذا تطبيقاً لمبدأ يعد من أكثر المبادئ القانونية استقراراً. على الرغم من أن القانون المصرى الحالى لم ينص عليه صراحة، بعكس الدستور المصرى السابق دستور١٩٢٣ ولائحة ترتيب المحاكم الوطنية، حيث كان ينص كل منهما على مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون(٨١)،

(*) انظر فى هذا الموضوع :

Gillien. R : Nul n'est Cense ignorer la loi, mélange Rouber. T. P. 253- Terre : Le role actuel de la maxime : Mul n' est censer ignorer la loi : Travaux de l'institute de droit compare de 1' universite de paris T. xxx. P.91.

مصطفى الجمال: الجهل بأحكام القانون-مجلة الحقوق س١٦-١٩٧١ العدد الأول والثانى.

محمد وجدى عبدالصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون عالم الكتب ط١-١٩٧٣ .

(٨١) فقد كانت المادة الثانية من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية التى استبدل بها قانون نظام القضاء تنص على أنه "لا يقبل من أحد أن يدعى بجهله القانون: كذلك كانت المادة٢٦/٣ من دستور١٩٢٣ تنص على أنه "يعتبر إصدار تلك القوانين معلوماً فى جميع القطر المصرى بعد نشرها بثلاثين يوماً، ويجوز قصر الميعاد أو مده بنص صريح فى تلك القوانين"وكان مؤدى هذا أنه متى تم نشره ومضت عليه مدة الثلاثين يوماً المذكورة فى الأحوال العادية، أو المدة التى نص

على الرغم من ذلك استقر المبدأ، منذ القدم، فـــى الوجـــدان القـــانون، وأصبح من الأصول القانونية أو من مبادئ القانون العليا، التى يجـــب العمل بها حتى ولو لم يفرضها نص قانونى محدد٠ هذه القاعدة هى عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، أو أن الجهل بالقانون ليس بعـــذر، أو لا يقبل من أحد جهله بالقانون[٨٢] أو مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون٠

ويقضى هذا المبدأ بأنه لا يعذر أحد بجهل القـــانون أو بعبـــارة أخرى الجهل بالقانون ليس بعذر يعفى من تطبيقه، بمعنى أنه لا يفترض فى الكافة العلم بالقانون وأن العلم بالقانون ليس شرطاً لتطبيقه[٨٣] لذلك فإن الجهل لا يمنع من انطباقه "فعدم العلم بالقانون لا يعـــوق تنفيـــذه، وليس الجهل عذراً يعفى من تطبيقه[٨٤]٠

عليها التشريع الجديد أن كانت أطول أو أقصر من المدة المعتادة، اعتبر الناس جميعاً عالمين بصدور هذا التشريع، وأصبح لا يقبل من أحدٍ أن يدعى بجهلـــه بالقانون٠ وكان دستور١٩٥٦، دستور٥٨ يشتملان ضمناً على هذا المبـــدأ حيث نصت المادة١٨٧ من دستور١٩٥٦، والمادة٦٧ من دستور١٩٥٨ على أنه عمل بالقوانين بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها، أى أنها اعتبرت علم الناس بدور القوانين حاصلاً بمجردٍ انقضاء عشرة أيام علـــى نـــشرها وإذا كـــان دستور١٩٦٤ لم يورد مقابلاً لهاتين المادتين، فإن مؤدى ذلك فقط أن القوانين يعمل بمجرد نشرها، ويترتب على ذلك اعتبار علم الناس بصدورها حاصلاً٠ انظر سليمان مرقس: السابق-ص١٩٥ هامش رقم٥٥ ٠

(٨٢) أحمد سلامة: السابق- رقم٦٢ ص٩٦، حسن كيرة: رقم١٧٢ ص٣١٦ ٠

(٨٣) يرى البعض إلى أن هذا التسميات بالرغم من شيوعها فإنه تنطوى على خطأ لأنها تفيد إن الأصل هو أن القانون لا يطبق إلا على من يعلم به، ثم تفتـــرض هذا العلم٠ انظر منصور مصطفى منصور: السابق ٣١٧ ٠

(٨٤) محمود جمال الدين ذكى رقم ٤٧ ص٨٨ ٠

ويؤدى هذا المبدأ إلى أن القانون متى دخل حيز التنفيذ انطبق على كل الناس سواء علموا به فعلاً، أو لم يعلموا به، ولا يسمح لأحدهم بأن يقدم الدليل على أنه لم يعلم فعلاً بالقانون، باعتبار أن مثل هذا الأمر غير منتج لأنه حتى بفرض ثبوت هذا الجهل ثبوتاً قطعياً فإنه لن يحول دون تطبيق القانون الذى "يفترض" علم الكافة به وعلى ذلك لا يقبل من أمى أن يعتذر بجهل القوانين التى صدرت فى غيبته، كذلك لا يجوز لأجنبى إذا خالف لوائح المرور مثلاً، أن يحتج بجهله بقواعد المرور، ولا لأجنبى أقرض نقوداً بربا فاحش أن يحتج بجهل الحد الأقصى لسعر الفائدة للحصول على الفوائد المتفق عليها(٨٥) ومثل ذلك يقال عمن يسرق مال مدينه وفاءً للدين معتقداً بأن هذا الأمر لا يشكل جريمة.

وتنطبق هذه القاعدة أيضاً على السلطة القضائية والسلطة التنفيذية، فنفس ما يرفض قبوله من الأفراد يرفض أيضاً بالنسبة لهذه السلطات إذ يفترض فى القاضى العلم بالقانون، ويجب على السلطة التنفيذية أن تصدر قراراتها متفقة مع القانون وإلا إذا كانت قابلة للإلغاء، ولا يصح لها أن تدعى بأنها تجهل قيامه(٨٦).

ويسرى هذا المبدأ أيضاً، مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، على القواعد القانونية أياً كان مصدرها سواء التشريع أم العرف أم الشريعة الإسلامية أم لقواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى،

---

(٨٥) محمود جمال الدين ذكى - السابق.
(٨٦) انظر أحمد سلامة: السابق نفس المكان.

فالعرف يتكون من سلوك الناس وإذن فالمفروض علـم النـاس بمـا يصنعون أما القواعد الأخرى فلا يعلموها ولا تنتشر ومع ذلك يؤخذون بأحكامه. ولعل هذه الملاحظة توضح الاختلاف الأساسى الذى بنيـت عليه القاعدة بالنسبة لنوع المصدر، فهى فى التشريع افتـراض إمكـان العلم، وهى فى العرف وفى الشريعة الإسلامية أو فى الدين بشكل عام، وفى مبادئ العدالة والقانون الطبيعى -افتراض العلم فى حد ذاته. وهذا ما ينقلنا إلى أساس هذا المبدأ.

أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

قيل إن أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهـل القـانون هـو افتراض علم الأفراد بالقانون، وقيل إن الأساس هو كفالة النظام.

١ -قرينة افتراض العلم بالقانون :

ذهب بعض الفقه إلى أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يجد أساسه فى قرينة أقامها المشرع تفترض علم الأفراد بالقانون بمجرد نشره فى الجريدة الرسمية ودخوله حيز التنفيذ بمرور الفترة المحددة فيه أو بمجرد نشره إذا لم تحدد مدة[٨٧].

---

(٨٧) على هذا الرأى عبدالرزاق النهورى وحشمت أبو ستيت : الـسابق فقـرة ١٣٣.

-عبدالفتاح عبدالباقى السابق: فقرة١٠٢ -سليمان مرقس: السابق: فقرة٨٨ مكرر-ص١٩٩ .

-Marty et Raynaud : Droit civil. T. 1.2e ed. 1972. p.172.

والقرينة القانونية هى افتراض قانونى يجعل الشئ المحتمل أو الممكن صحيحاً، وفقاً لما هو مألوف فى الحياة وفقاً لما يرجحه العقل[٨٨].

ولم يأخذ المشروع فى إقامة هذه القرينة بالغالب ولكنه أخذ بالنادر إذ فى الحقيقة يندر أو يتتبع الشخص كافة التشريعات أو يندر أن يحيط بكافة القواعد العرفية أو بمبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة[٨٩].

وهناك صلة بين عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون وبين افتراض العلم به وتظهر هذه الصلة فى أمور كثيرة منها :

١- من المقرر فقهاً وقانوناً أنه يجب نشر التشريع حتى يصبح ملزماً للمخاطبين بأحكامه. والمقصود بالنشر هو الإعلان عن وجود التشريع حتى يتأتى العلم به. فالتشريع يصبح نافذاً executoire بعد إصداره، ولكنه لا يصبح ملزماً obligatoire إلا بعد نشره فالتشريع لا يستمد قوته الملزمة من ذاته. ولكنه يستمدها من نشره. أى من الواقعة التى تجعل العلم به ممكنا[٩٠]. فهناك تلازم حتمى بين الالتزام بالقانون وبين إمكان العلم به. ومن غير المتصور فى دولة حديثة أن يكون القانون سراً خافياً على الملتزمين بأحكامه[٩١].

---

(٨٨) سمير تناغو: السابق- رقم١١٦-ص٣٨٧ .
(٨٩) أحمد سلامة: السابق- ص٩٧ .
(٩٠) نقض١٧/٥/١٩٥٦، مجموعة المكتب الفنى، ص٧، ص٦٠٧ .
(٩١) R. Guillien, Nul n'est cense ignorer la loi Melanges p. Roubier T.1, p.253.

٢- كنتيجة منطقية للفكرة السابقة فإنه إذا استحال العلم بالقانون بسبب قوة قاهرة كفيضان أو حرب أو غير ذلك، فلا يكون القانون ملزماً بالنسبة لمن استحال عليهم العلم به. وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية: "ولا يقبل من أحد الاعتذار بجهله أو إثبات أن ظروفه الخاصة قد حالت دون علمه الفعلى.. وإنما يقبل فقط العذر بالجهل بالقانون إذا حالت قوة قاهرة دون دخول الجريدة الرسمية بتاتاً إلى منطقة من مناطق الجمهورية"[٩٢].

٣- وما يرتبط بالفكرتين السابقتين أيضاً أن سريان القانون لا يحسب على أساس التاريخ المطبوع على الجريدة الرسمية، ولكن على أساس التاريخ الحقيقى لنشر وتوزيع هذه الجريدة. وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض. "أن افتراض علم الكافة بالإجراءات التى أوجبها ذلك القانون (رقم٢٦٤ لسنة١٩٥٣ بتعديل بعض مواد قانون المرافعات) مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض، فإذا كان المستأنف قد دفع بأنه قد استحال العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف إلى قلم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية التى نشر فيها القانون وإن كانت قد طبعت فى٢٨ من مايو سنة١٩٥٣ إلا أنها لم توزع وتنشر فعلاً إلا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف، فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع، فإنه يكون مشوباً بالقصور"[٩٣].

---

(٩٢) نقض٨/٤/١٩٦٥، مجموعة المكتب الفني، من ١٦، ص٤٧٦ .
(٩٣) نقض٢٤/٦/١٩٥٨، مجموعة المكتب الفني، ص٩، ص٦٣٩ .

٤- رغم الأهمية البالغة لمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، إلا أنه ليس مبدأ مطلقاً، بل هو مبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات التى سندرسها فيما بعد. ومرد هذه الاستثناءات غالباً هو انتفاء قرينة العلم بالقانون انتقاء يبرر فى بعض الظروف الخاصة التمسك بالجهل بالقانون.

وهكذا تقوم صلة تلازم حتمى بين عدم جواز الاعتذار بالقانون، وبين مبدأ افتراض العلم به، بحيث يمكن اعتبارهما مبدأين مترادفين. مع ملاحظة أن الترادف بين هذين المبدأين لا يجعل من أحدهما مبرراً للآخر، بل هما يحتاجان معاً إلى مبرر يستندان إليه. ولا يوجد مبرر أفضل من فكرة النظام التى يستند إليها القانون ذاته.

نقد قرينة افتراض العلم كأساس للمبدأ :

انتقد البعض القول بأن أساس مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يتمثل فى قرينة أقامها النظام القانونى مردها افتراض علم الكافة بالتشريع بنشرة ودخوله حيز التنفيذ. وقالوا بأن هذا الأساس غير مقبول، لأن القرينة بحسب تعريفها إنما تقول على حمل الأمر المشكوك فيه محمل الغالب والمألوف فى العمل بشأنه، وليس الغالب فى العمل ولا المألوف فيه هو علم الأفراد بالقواعد القانونية بل الغالب هو جهلهم بها[٩٤] ولا شك أن إقامة القرينة بهذا الشكل أمر غير عادل[٩٥].

---

(٩٤) حسن كيره: السابق- رقم١٧٣ ص٣١٦ .
(٩٥) أحمد سلامة: السابق- ص٩٧ .

٢ -كفالة النظام وتحقيق المساواة :

يحتم بمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ضرورة اجتماعية وعملية تقتضى فرض سلطان القانون على الكافة تحقيقاً للعدل وإقراراً للنظام فى المجتمع ذلك أن كفالة النظام فى المجتمع هى علـة وجـود القانون وغايته، فإذا لم تتحقق فإنه لن يكون لوجود القانون معنى٠ فمن ناحية لو أجيز للشخص أن يدعى جهله بقيام القاعدة القانونية لفتح الباب على مصراعيه أمام مثل هذا الادعاء، فكل من يرى أن القانون يقـف ضده يدعى هذا الجهل ليتهرب من حكمة، وهيهات أن ينجح خصمه فى إثبات علمه٠ ذلك أن واقعة الجهل أمرها سلبى لا يثبت عكسه إلا بإقامة الدليل على العلم٠ ولو تصورنا جريان ذلك فى المجتمع لأنهـار مـن أساسه ولما أمكن تطبيقه ولما تيسر تحقيق الخير العام٠ وإذن فنحن أمام مصلحتين متعارضتين، مصلحة الشخص الذى يجهل القانون، ومصلحة الجماعة التى تتطلب تطبيق القانون تطبيقاً عاماً٠ ولا شـك أنـه عنـد تعارض مصلحتين فإنه يضحى بالمصلحة الأقل أهمية ولا شـك أنهـا المصلحة الفردية٠ ثم ما هو ذنب الآخر فى علاقة معينة، لقـد رتـب أموره على قيام القاعدة القانونية فإذا بخصمه يدعى جهله بها، ولو قبل ادعاؤه لضاعت حقوق هذا الطرف دون أن يكون له ذنب اللهـم إلا إذا كان العلم بالقانون وترتيب أموره على أساسه يعتبر بمثابة ذنب٠

ولعل قواعد العدل هى خير ما يؤسس عليه هذا المبدأ٠ فالعـدل الخاص يتطلب المساواة التامة فى معاملة المخاطبين بأحكـام القواعـد القانونية: فلا يفرق بينهم فى وجوب الخضوع لها أو يعفى بعضهم من

التقيد بها٠ وهذه المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما يؤكد من سيادة النظام والقانون فى المجتمع٠٠٠ فضلاً عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفى لصفة الإلزام عنهـــا، إذا يجعل إلزامها هو توافر العلم بها، بينما القاعدة القانونية تتميز قبل كـــل شئ بما لها من إلزام ذاتى ينبعث منها ومن وجودها هى لا من عامـــل خارجى عنها كالعلم بها[٩٦]٠

نقد فكرة المساواة كأساس للمبدأ[*] :

ذهب بعض الفقه إلى انتقاد فكرة المساواة كأساس لمبـــدأ عـــدم جواز الاعتذار بجهل القانون ورأى أن فكرة المساواة هذه ليست متحققة بصفة مطلقة لا فى القانون الرومانى ولا حتى فى القانون فى العـــصر الحديث٠

ففى القانون الرومانى، كان يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون من البعض مثل الجنود الغائبين، أو بعض الأشخاص الآخرين الذين ينقصهم الإدراك السليم أو الخبرة بالحياة٠ وهم من كان يطلق عليهم اصـــطلاح الضعفاء فى نظر القانون٠ وبعد مناقشات طويلة فى القانون الفرنـــسى القديم، لم تنتقل إلى تقنـــين نـــابليون الاســـتثناءات الخاصـــة بهـــؤلاء الأشخاص، وأصبح من المقرر أنه لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقـــانون من أى شخص تحقيقاً لفكرة المساواة أمام القانون٠

---

(٩٦) Riepert et poul Baulanger : T.i.V : 12- Decattignies : & erreur de droit : Rev. Trim. Dr. civ. 1951. p.309.

(*) سمير تناغو: السابق- ص٦٠٦ وما بعدها٠

وفى العصر الحديث أيضاً لا تتحقق فكرة المساواة فى الخضوع للقانون على الوجه الأكمل. بل من المدهش أن الجهل بالقانون إذا جاء من شخص متخصص فى القانون، فلا جزاء عليه فى بعض الأحيـان، بينما إذا جاء الجهل بالقانون من شخص غير متخصص فى القانون فلا مغفرة له(٩٧).

فأول شخص كان ينبغى ألا يجهل بالقانون هو المشرع نفسه، الذى تصدر عن إرادته القوانين. ومع ذلك فإنه يحدث فى بعض الأحيان أن يصدر المشرع قانوناً جديداً، عن جهل منه بوجود قوانين سابقة، لو علم بها لما أصدر القانون الجديد، أو لما أصدره فى الصورة التى خرج بها. ومع ذلك فإن هذا الجهل لا جزاء عليه(٩٨). بل لا يقال حتى فى هذه الحالة أن المشرع قد خدع، بل يقال أن القانون السابق قد ألغى أو عدل.

وكذلك فإن مستشارى محكمة النقض الذين من واجبهم العمل على رقابة تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً بواسطة المحاكم على اختلاف درجاتها، قد يصدرون أحكامهم عن جهل بالقانون، وهم غير معصومين عن مثل هذا الجهل، بل أن بعض أساتذة علم الاجتماع القانونى مثل الأستاذ كاربونييه، لم يفتهم تسجيل ظاهرة جهل مستشارى محكمة

---

(٩٧) F. Terre : Precire, p.91-98.

(٩٨) مثال ذلك عدم إلمام المشروع بفن التشريع.

النقض بالقانون، ضمن الظاهرة العامة للجهل بالقانون. ومع ذلك فلا جزاء يطبق عليهم.

نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

١- يسرى هذا المبدأ على جميع القوانين الوطنية والأجنبية سواء أكانت هذه القوانين تنتمى إلى القانون العام أم القانون الخاص.

٢- يسرى على جميع القواعد القانونية أياً كان مصدرها أى التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية والدين عموماً، ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة. وكما سبق القول فإن الأساس الذى يستند إليه المبدأ يختلف فى التشريع عنه فى غيره من المصادر. ففى التشريع الأساسى هو افتراض إمكان العلم، وفى بقية المصادر افتراض العلم[٩٩].

ويسرى المبدأ على التشريع -أياً كان نوعه سواء كان تشريع أساسى أم عادى أم فرعى.

٣- ووفقاً للرأى الراجح فى الفقه، يسرى المبدأ على جميع القواعد القانونية سواء الآمرة أم المكملة. وهذا أمر واضح ولا خلاف عليه فى الفقه، بينما خلاف حدث بالنسبة للقواعد المكملة وأن الرأى الراجح هو أن المبدأ يسرى عليها أيضاً.

٤- يسرى المبدأ على الأفراد -كما قلنا- كما يسرى على جميع سلطات الدولة خاصة السلطة القضائية والسلطة التنفيذية.

---

(٩٩) أحمد سلامة: السابق ص٥٦ .

وبالنسبة للأفراد فهو يسرى على جميع الأفراد وطنيين وأجانب غائبين أو مقيمين، كاملى الأهلية أو ناقصيها أو حتى عديمى الأهلية.

الاستثناء من المبدأ :

هناك استثناء حقيقى مسلم به من جميع الفقه وهو حالة القوة القاهرة[(١٠٠)] حيث يجوز الاعتذار بجهل القانون فى حالة استحالة علم الأفراد بالقانون بالوسيلة المخصصة لذلك، أى عن طريق الإطلاع على الجريدة الرسمية، وتتحقق هذه الاستحالة بفعل قوة قاهرة تحول دون وصول الجريدة إلى بعض مناطق الدولة، وذلك كحرب أو الزلازل أو الفيضان أو عصيان، بحيث تعزل هذه المنطقة نهائياً ويستحيل الوصول إليها ففى هذه الحالة لا يؤخذ سكان هذه المنطقة بحكم القانون ذلك أنهم يؤخذون به تأسيساً على قرينة العلم، فإذا استحال هذا العلم فإنه يقبل منهم هذا الاعتذار. وذلك بالنسبة للمدة التى حدث العزل فيها، وبحيث يؤخذون بأحكام القانون بمجرد عودة الاتصال. وواضح أن هذا الاستثناء يقوم بالنسبة للتشريع فقط. أما بالنسبة لبقية مصادر القانون

---

(١٠٠) وقد قضت محكمة النقض بأن أى ظرف لا يرقى إلى مرتبة القوة القاهرة لا يقوم مبرراً للاعتذار بجهل القانون. ففى حكم نقض بتاريخ١٨ أبريل سنة١٩٦٥ قررت أنه (إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قبول اعتذار المطعون ضده بجهله بنص المادة٢٥ من قانون المحاماة (الذى يرجى توقيع محام على صحف الدعاوى) إلى ما قررته الطاعنة فى مذكرتها من أن المدة التى مضت بين تنفيذ القانون وبين إعلانها بصحيفة الدعوى لم تكن كافية ليعلم المطعون ضده بالجهل بالنص المذكور) مجموعة أحكام النقض س١٦ع، رقم٧٧ ص٤٧٦. انظر سليمان مرقس: السابق، ص٢٠١ هامش رقم٦٩ .

فإن هذا الاستثناء لا يقوم. ولعل السبب فى هذه التفرقة بين التشريع وبقية المصادر، هو اختلاف الأساس الذى يبنى عليه المبدأ فى التشريع عنه فى بقية مصادر القانون كما سبق أن قلنا ففى التشريع أساس المبدأ هو يفترض إمكان العلم بالقانون فإذا لم يمكن هذا العلم أى إذا استحال العلم لقوة قاهرة، فلا يطبق المبدأ، بينما فى بقية مصادر القانون فإن أساس المبدأ هو افتراض العلم ذاته بالقانون. وما دام المفترض هو العلم فى حد ذاته، فإنه لا يمكن إثبات هذا الافتراض.

وقد قضت محكمة النقض بأنه يعد من قبيل القوة القاهرة التى تجيز الاعتذار بجهل القانون تأخر توزيع الجريدة الرسمية ستة أيام عن التاريخ المطبوع عليها[١٠١]، كما قضت بأنه لا يعد من قبيل القوة القاهرة فى هذا الصدد قصر المدة المتاحة ما بين نفاذ القانون وتطبيقه على الشخص[١٠٢]، ولا إقامة الشخص خارج البلاد طوال المدة التى حددها القانون لتقديم طلب الحصول على المعاش، ولا عدم قيام الجهة الإدارية، جرياً على سنة اتبعتها بسؤال موظفيها عن رغبتهم فى الانتفاع بأحكام القانون[١٠٣].

---

(١٠١) نقض مدنى ٢٤ يونيه ١٩٥٨، مجموعة أحكام النقض س٩ رقم ١١ ص٦٣٩، المحاماة س٣٩ ص٤١٧١ رقم ٢٦٤ أشار إليه لبيب شنب: السابق- ص١٠٣ .

(١٠٢) نقض ١٨ أبريل ١٩٦٥- السابق.

(١٠٣) محكمة القضاء الإدارى فى ٢٨ مايو ١٩٥٣ مجموعة أحكام المحكمة رقم ٦٩٨ ص١٣٤١ أشار إليه حسام لطفى-السابق ص١٠٢ هامش ١٠٢ .

حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية
فى سن التشريع على سبيل الاستثناء

الأصل كما قلنا -هو أن السلطة التشريعية هى التى تقوم بسن التشريع العادى، وهى صاحبة الاختصاص الأصيل فى هذا، ولكن فى أحوال استثنائية تحل السلطة التنفيذية فى كثير من الدساتير محل السلطة التشريعية فى عملية سن التشريع العادى، ويكون ذلك بالتحديد فى حالتين هما حالة الضرورة وحالة التفويض.

الحالة الأولى : تشريع الضرورة :

ففى حالة الضرورة نكون بصدد قيام حالة من حالات الضرورة التى تستدعى الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، أى فى حالة الاستعجال، اتخاذ التدابير عن طريق التشريع الذى يصدر أصلاً عن طريق السلطة التشريعية، ولكن السلطة التشريعية، تكون منعدمة نظراً لحل المجلس النيابى(مجلس الشعب) أو تخلفها نظراً للعطلة ما بين أدوار الانعقاد، فهنا لابد من مواجهة حالة الضرورة أو الاستعجال بتشريع عادى ولذلك خول الدستور السلطة التنفيذية الحق فى الحلول محل السلطة التشريعية مؤقتاً فى هذا الاختصاص عن طريق سن قرارات تكون لها قوة القانون أى قوة التشريع العادى. ولذلك نصت المادة١٤٧ من الدستور الحالى على أنه "إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب، ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القانون "إذن

وفقاً للدستور فإن رئيس الجمهورية هو المختص بإصدار قرارات لها قوة القانون"[١٠٤].

ولكن ونظراً لأن السلطة التنفيذية تملك هذا الاختصاص على سبيل الاستثناء فقد أعطت الدساتير المصرية لها هذا الحق وقيدته بقيود معينة أو بمعنى أصح ضمانات معينة. أهم هذه الضمانات ضرورة وجود حالة ضرورة أى:

١ - أن يكون هناك أمر عاجل يلزم علاجه دون إبطاء، وتقدير الضرورة متروك لرئيس الجمهورية نفسه[١٠٥].

---

(١٠٤) هذا وقد أعطت الدساتير المختلفة رئيس الجمهورية هذا الحق بدءاً من دستور١٩٢٣، ديتوسر١٩٥٦، دستور١٩٦٤ إضافة للدستور الحالى.

(١٠٥) من هذا المعنى نقض جنائى١٧ أبريل١٩٥١ التشريع والقضاء ٣-٤٨١-١٤١، محكمة القضاء الإدارى٢٢ مارس١٩٥١ مجموعة أحكام مجلس الدولة٥-٧٣٧-١٧٨ أشار إليه مرقس-السابق ص٢١٠ هامش٩٠، وقد رأت المحكمة الدستورية العليا أن الأسباب التى استندت إليها الحكومة فى التعجيل بإصدار القرار بقانون رقم٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية لا تعد كافية للقول بانعقاد رخصة التشريع الاستثنائى لرئيس الجمهورية، وحكمت بعدم دستورية هذا القرار بقانون: طعن رقم٢٨ س٢ قضائية، ٤ مايو سنة١٩٨٥ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، جـ٣ رقم٢٩ ص١٩٥ على العكس حكمت المحكمة بأن هذه الأسباب كافية لإصدار القرار بقانون رقم١٤١ لسنة١٩٨١ الخاصة بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة لوجوب الإسراع فى مواجهة ما قد يترتب على استرداد بعض الأموال والممتلكات عيناً من الحائزين لها من آثار خطيرة تمس بعض الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية (طعن رقم١٣٩، ١٤٠ س٥ قضائية فى٢١ يونية سنة١٩٨٦، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، المجلد الثالث رقم٥٠ ص٣٣٦. انظر حسام لطفى ص٩٠ هامش رقم٥٢ .

٢- أن يكون مجلس الشعب فى عطلة ما بين أدوار الانعقاد أو فى فترة حلة أو وقف جلساته.

٣- أن لا يكون القرار الذى يصدر بناء على هذه المادة مخالفاً للدستور.

٤- أن تعرض هذه القرارات على مجلس الشعب فوراً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وفى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك. أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس، زال ما كان لها من قوة القانون بأثر رجعى أيضاً، إلا إذا رأى المجلس اعتماد آثارها السابقة أو قرر تسوية تلك الآثار بوجه آخر[١٠٦].

الحالة الثانية: تشريع التفويض :

تنص المادة ١٠٨ من الدستور على أنه: "لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية، وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون -ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق عليها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون".

---

(١٠٦) مادة ٢/١٤ من الدستور الحالى.

وبذلك حسم الدستور الخلاف الدائر حول ما إذا كان يجوز أو لا يجوز للسلطة التشريعية أن تفوض غيرها فى اختصاصها بسن القوانين، باعتبار أن هناك مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث وهذا المبدأ من النظام العام -وانتهى إلى حسم المسألة بجواز هذا التفويض(١٠٧).

وتكمن العلة فى إجازة صدور تفويض لرئيس الجمهورية بأن يصدر قرارات لها قوة القانون أن بعض القوانين تحتاج إلى توفير الدقة أو السرعة أو السرية فى إصدارها وهو ما لا يتوافر إذا ترك أمر إصدارها لمجلس الشعب كما هو الحال فى شأن القوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم(١٠٨). فيفاجئ بها الخاصة والعامة عندما يصدرها رئيس الجمهورية بناء على تفويض أما إذا تركت للإجراءات العادية تنبه إليها الجميع وتلاعبوا بشأنها أو أن طبيعة بعض الموضوعات تقتضى بعض السرية وتلاعبوا بشأنها أو أن طبيعة بعض الموضوعات تقتضى بعض السرية كما هو الحال فى شأن اعتمادات القوات المسلحة وغيرها.

على أنه ينبغى توافر شروط فى صدور القرارات بقوانين من رئيس الجمهورية بناء على تفويض تشريعى :

---

(١٠٧) نلاحظ أن دستور ١٩٢٣ لم يكن يتضمن مثل هذا النص ولذلك أثير الخلاف فى شأنه انظر حسن كيره- ص٢٣٨، سليمان مرقس: رقم٨٨م (٢) ص٢٠٧ أما دستور١٩٥٦ فقد نص على جواز التفويض فى المادة١٣٦، وكذلك دستور ١٩٦٤ فى المادة١٠ منه.

(١٠٨) خميس خضر: السابق- رقم١٣٠ ص١٥٢، وحسن كيره: السابق- ص٢٣٨.

١- أن يكون ذلك من أحوال استثنائية تبرره، كأزمة سياسية أو اقتصادية٠

٢- وأن يقتصر التفويض فى التشريع على موضوعات معينة٠

٣- أن تعين فيه الأسس التى يقوم عليها(١٠٩)٠

٤- أن يؤقت بمدة محددة٠

والقرار الصادر بناء على تفويض تشريعى يسمى قرار بقانون، وبما أنه قرار بقانون يتعين نشره -كغيره من القوانين- فى الجريدة الرسمية ويعمل به من تاريخ نشره ما لم ينص فيه على العمل به بعد فوات مدة معينة٠

ويلاحظ أن هذه التشريعات يكون لها بالرغم من صدورها من رئيس الجمهورية وحده، قوة التشريعات العادية السابقة ولو كانت صادرة بموافقة مجلس الشعب فيجوز لها تعديلها أو إلغاؤها صراحة أو ضمناً ولكنها تتقيد بأحكام الدستور، فلا يجوز لها مخالفته، وتلغى أو تعدل أحكامها بقانون لاحق٠

---

(١٠٩) قضت محكمة النقض فى٢١ ديسمبر١٩٧٢ بأن القرارات التى تصدرها السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية، وإن كان لها فى موضوعها قوة القانون التى تمكنها من إلغاء وتعديل القوانين القائمة إلا أنها تعتبر قرارات إدارية لا تبلغ مرتبة القوانين فى حجية التشريع فيكون للقضاء الإدارى أن يحكم بإلغائها إذا جاوزت الموضوعات المحددة بقانون التفويض أو الأسس التى يقوم عليها ولا تحوز هذه القرارات حجية التشريع إلا إذا أقرها المجلس النيابى٠
نقض ٢١ ديسمبر١٩٧٢- مجلة المحاماة س٥٦ العدد٣، ٤ ص٤٦ رقم٣٩ ٠
وقضت المحكمة الدستورية العليا للسبب ذاته بعدم دستورية القرار بقانون رقم٤ لسنة١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية وقد سبق الإشارة إليه٠

ثالثاً: ســن التشريـــع الفرعـــى
اللائحـــة Rglement

اختصاص السلطة التنفيذية بسن التشريع الفرعى(اللوائح) :

بخلاف القرار بقانون الذى تصدره السلطة التنفيذية، كمـــا فـــى قرارات حالة الضرورة وحالة تشريع التفويض، فإنها تـــصدر أحيانـــاً قواعد عامة مجردة• وهى ما يسمى باللوائح• وهذه القرارات تصدرها السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص أصيل فى هذا الـــشأن تـــستمده مباشرة من الدستور•

واختصاص السلطة التنفيذية بإصدار اللوائح هـــو اختـــصاص عادى تباشره بصفة دائمة وفى الظروف العادية•

واللوائح التـــى تـــصدرها الـــسلطة التنفيذيـــة بمقتـــضى هـــذا الاختصاص العادى، ليس لها قوة التشريعات التى تصدرها فى الحالات الاستثنائية السابق ذكرها، والتى تعادل قوة القانون، أى قـــوة التـــشريع الصادر عن السلطة التشريعية أما اللوائح فهى لا تعادل التشريع العادى فى القوة، بل هى أقل منه فى الدرجة ولذلك يطلق عليها اسم التـــشريع الفرعى أو اللائحة بالمقابلة للتشريع العادى أو الرئيسى وهو ما يـــسمى أحياناً بالقانون•

فالسلطة التشريعية تضع التشريع العادى وهو القانون، وقد تحمل محلها فى ذلك السلطة التنفيذية بصفة استثنائية فتضع تشريعات فى حكم القانون، وهو القرار بقانون أما السلطة التنفيذية فهى عندما تباشر اختصاصها الأصلى، تضع ما يسمى بالتشريع الفرعى أو اللائحة وهو أقل درجة من القانون، وأقل درجة كذلك من القرار بقانون واللوائح ثلاثة أنواع :

أ- اللوائح التنفيذية.

ب- اللوائح التنظيمية.

ج- لوائح الضبط أو البوليس.

أ- اللوائح التنفيذية :

وهى اللوائح التى تتضمن القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية[١١٠]. وهى تصدر من رئيس الجمهورية أو من يفوضه فى ذلك لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها حتى لا يعتورها البطلان[١١١] فهى قواعد يكون الغرض منها وضع القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية موضع التنفيذ، أى غرضها تنفيذ أو تطبيق القانون أو التشريع العادى الصادر عن السلطة التنفيذية.

---

(١١٠) سمير تناغو: السابق- رقم ١٠٠ ص٣٣١ .

(١١١) منصور مصطفى منصور: السابق رقم٥٤ ص١٠٥ .

فالأصل هو أن كل أعمال التشريع تعتبر من اختصاص السلطة التشريعية دون غيرها. فإذا وضعت هــذه الــسلطة تــشريعاً متعلقــاً بموضوع معين وجب بحسب الأصل أن تضمنه جميع القواعد التفصيلية التى تنظم طريقة تنفيذه، وأن توالى هذه القواعد بالتعديل والتحوير فيها على ضوء ما يتكشف للسلطة التنفيذية عند تطبيق التشريع.

لكن الناحية العملية أوضحت أن تنظيم التشريع يقتضى الإحاطة بجميع الظروف المختلفة التى يراد تطبيقه فيها والدخول فى تفاصــيل دقيقة، ويصطدم بصعوبات عملية لا تتضح إلا للسلطة التنفيذيــة عنــد التطبيق ويستحيل على السلطة التشريعية أن تحيط بكل تلك الظــروف المتباينة ووضعها فى التشريع ذاته. فلابــد إذن مــن إتبــاع إحــدى طريقتين: إما أن تكلف السلطة القائمة على تنفيذ التشريع الالتجاء إلــى السلطة التشريعية لتستصدر منها تشريعات تتضمن القواعد التفــصيلية التى يكشف العمل أولاً فأولاً عن ضرورتها لإمكان تنفيذ التشريع. وأما أن يوكل إلى السلطة التنفيذية ذاتها وضع هذه التشريعات التفصيلية.

ويترتب على الطريقة الأولى إثقال كاهل السلطة التشريعية بعدد ضخم من التشريعات الثانوية، وتعطيل العمل الإدارى والتنفيذى، فــى انتظار صدور تلك التشريعات، تعطيلاً قد يفوت المصلحة التى قــصد إليها من التشريع الرئيسى. أما الطريقة الثانية فإنها تتميز بأن من شأنها سرعة تنفيذ التشريع وسهولته وتوفير وقت السلطة التشريعية ذلــك أن

السلطة التنفيذية أقدر على مواجهة هذه التفصيلات وحل ما يواجهها من صعوبات عن طريق إصدار اللوائح فى شأنها.

وقد نص الدستور على أن "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره فى إصدارها. ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه[١١٢].

وقد أكدت محكمة النقض ذلك فقضت بأنه "إن كان من المقرر أن من حق السلطة التنفيذية طبقاً للمبادئ الدستورية المتواضع عليها أن تتولى أعمالاً تشريعية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها، فليس معنى هذا الحق نزول السلطة التشريعية عن سلطتها فى سن القوانين إلى السلطة التنفيذية، بل هو دعوة لهذه السلطة لاستعمال حقها فى وضع القواعد التفصيلية اللازمة لتنفيذ القوانين دون أن تزيد عليها شيئاً أو تعدل فيها أو تعطل تنفيذها أو أن تعفى من هذا التنفيذ"[١١٣].

---

(١١٢) مادة ١٤٤ من الدستور الحالى.
(١١٣) نقض مدنى ١٨ مارس ١٩٨٥- مجموعة المكتب الفنى- س٣٦ رقم ٨٩ ص٤١٣.

فذلك فيما يتعلق بالسلطات الإدارية المختلفة فيما يصدر من لوائح أو قرارات تنفيذية، فإن السلطة الأدنى لا يجوز لها أن تعدل فيما تصدره من قرارات ما تكون السلطة الأعلى قد وضعته.

وتقيد السلطة التى تضع القرارات التنفيذية بما يقضى به التشريع الرئيسى، وعدم وضع ما يتعارض معه ولا ما يعدل فيه أو يعطله أو يعفى أحد من تنفيذه، لأنها إن فعلت ذلك تخرج بذلك عن حدودها وتكون قراراتها باطلة لا يعمل بها[١١٤].

ولضمان مراعاة ذلك ينص القانون رقم٤٧ لسنة٧٢ بشأن مجلس الدولة فى المادة٦٣ منه على أن يتولى قسم التشريع مراجعة صياغة مشروعات اللوائح والقوانين وقرارات رئيس الجمهورية ذات الصفة التشريعية ويعتبر ذلك إجراء جوهرياً يترتب على إهماله بطلان اللائحة أو القرار[١١٥].

إصدار اللائحة التنفيذية :

يتولى رئيس الجمهورية إصدار اللائحة التنفيذية بصفته رئيس السلطة التنفيذية. ويصدرها فى شكل قرارات بناء على عرض الوزير المختص وبعد أن يقوم مجلس الدولة بمراجعة صياغتها[١١٦]. وقد

---

(١١٤) انظر: سليمان مرقس: ص١٨٠ .

(١١٥) قرب مجلس الدولة٢٦ فبراير١٩٥٢ المحاماة٢٣-١٠٦٦-٤٦٧ والمحاماة٣٤-١٠٠-٤٧، وقد كانت المادة٤٥ من قانون مجلس الدولة السابق ينص على مثل ذلك. مرقس: السابق ص١٨١ .
وكذلك انظر نقض٢/٥/١٩٦٧- مجموعة أحكام النقض س١٨ ص٩٣١ .

(١١٦) مادة٦٣ من قانون مجلس الدولة- رقم٤٧ لسنة١٩٧٢ .

يتولى إصدارها الوزراء المعنيون بقرارات وزارية، وذلــك إذا نــص التشريع الرئيسى على ذلك، فغالباً ما يصدر القانون أو التشريع العادى وينص فيه على أن يتولى الوزير المختص بإصدار اللائحــة التنفيذيــة للقانون[١١٧].

وإذا لم ينص على ذلك جاز للرئيس أن يفوض غيره فى وضع القواعد التنفيذية اللازمة. وقد ينص على التفويض فى القرار الــصادر بوضع لائحة تنفيذية لتشريع رئيسى[١١٨]. أو فى أى قرار لاحق. أمــا إذا لم يرد نص على ذلك، فلا يجوز وضع لــوائح تنفيذيــة بقــرارات وزارية، وتعتبر هذه اللوائح باطلة لــصدورها مــن جهــة لا تملــك إصدارها[١١٩].

ب- اللوائــح التنظيميــة :

وهى عبارة عن ما تصدره السلطة التنفيذية من تشريع لتنظــيم وترتيب المصالح والمرافق العامة-فهذا نوع آخر من اللــوائح تــضعه

---

(١١٧) مثال ذلك اللائحة التنفيذية لقانون إيجار الأمــاكن رقــم٤٩ لــسنة٧٧ والقانون رقم١٣٦ لسنة١٩٨١ المعدل له.

(١١٨) انظر المادتين ٦، ٣٢ من المرسوم الصادر فى١٤ أغسطس١٩٤٦ باللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى.

(١١٩) مثال ذلك حكم المحكمة الدستورية العليا حين قضت بعد دستورية قــرار محافظ المنيا رقم١٥٣ لسنة١٩٨٢ الصادر بوصفه لائحة تنفيذية لتنفيذ القانون رقم٤٩ لسنة١٩٧٧ بشأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بــين المالــك والمستأجر المعدل بالقانون رقم١٣٦ لسنة١٩٨١. وذلك لأن المشرع حــدد مصدر اللائحة التنفيذية بأنه وزير الإســكان والــتعمير. حكــم١٧ مــايو سنة١٩٨٦- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا-طعن رقم٥ س ق٥ق. الجزء الثالث رقم٤٩ ص٣٢٧ .

السلطة التنفيذية لا لتنفيذ تشريع معين، بل لتنظيم المصالح العامة. وذلك أن عملية تنظيم وترتيب المصالح والمرافق العامة هى اختصاص أصيل للسلطة التنفيذية فهى المهيمنة على إدارتها. وفى سبيل إدارتها تلك تصدر لوائح لتسيير وترتيب تلك المصالح والمرافق العامة.

وتستمد السلطة التنفيذية هذه السلطة من الدستور نفسه فقد نصت المادة١٤٦ منه على أن "يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة" وبما أن السلطة التنفيذية هى المسئولة عن هذه الإدارة، فهى أقدر من غيرها على إدراك مقتضيات هذه المرافق والمصالح وعلى اختيار أصلح النظم لها وأنسبها.

وقد جعل الدستور الحالى عملية إصدار هذا النوع من اللوائح من اختصاص رئيس الجمهورية وحده، ولم يخوله أن يفوض غيره فى ذلك كما فعل بالنسبة إلى إصدار اللوائح التنفيذية.

نص الدستور الحالى دستور١٩٧١ والدستور السابق صراحة على أن إنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة يكون بقرارات من رئيس الجمهورية[١٢٠].

ج-لوائح الضبط أو البوليس :

---

(١٢٠) مادة١٤٦ من الدستور الحالى ومادة١٢١ من الدستور السابق.

يقصد بها ما تضعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الضبط أو البوليس بمعناه العام، أى لحفظ الأمن وتوفير السكينة والطمأنينة وحماية الصحة العامة[١٢١]. فهى اللائحة التى تصدر عن رئيس الجمهورية وفقاً للدستور للمحافظة على النظام العام بعناصره الثلاث وهى الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة[١٢٢]، ومن أمثلتها لوائح المرور ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ولوائح مراقبة الأغذية والباعة الجائلين.

وقد خول الدستور الحالى بنص صريح رئيس الجمهورية سلطة إصدار لوائح الضبط، وسوى بين هذه اللوائح واللوائح التنظيمية من حيث أنه لم يخول رئيس الجمهورية الحق فى أن يفوض غيره فى إصدارها.

(١٢١) حسن كيره: السابق ص٢٤١ .
(١٢٢) المادة١٤٥ من دستور١٩٧١ الحالى.

تجميع التشريع أو التقنين La codification

تعريف التقنين وتطور التقنين(*)

تجميع التشريع أو التقنين هو اصطلاح يقصد بـه جمـع غالبيـة القواعد -إن لم يكن جميعها- التى تتعلق بفرع من فروع القـانون فـى تشريع واحد، بعد تنسيقها ورفع ما بينها من تنـاقض، وبعـد ترتيبهـا بحسب المسائل التى تنظمها، وإيرادها فى صورة مواد يحمل كل منهـا رقماً مسلسلاً.

وإذن فالتقنين تشريع، والتشريع لابد وأن يـصدر عـن الـسلطة التشريعية ومن هنا فإن أى تجميع للقواعد القانونية يقوم به فرد أو هيئة أو سلطة غير السلطة التشريعية لا يصح أن يطلق عليه تسمية التقنـين، حتى ولو استوفى بقية خصائص التعريف المتقدم. فما يطلـق عليهـا "التقنينات غير الرسمية" ليست فى الحقيقة تقنينات بالمعنى المقـصود. فلو أن شخص أو هيئة قامت بتجميع القواعـد العرفيـة التـى تحكـم موضوعاً معيناً، أو بتجميع قواعد القانون الإدارى -وهو لم يقنن رسمياً- فإن هذا العمل لن يكون مقصوداً فى حديثنا عن التقنين. ومثـل هـذا العمل نصادفه كثيراً فى مسائل الأحوال الشخصية فلقد قامت كل طائفة من طوائف غير المسلمين بتجميع قواعدها وتنسيقها وترتيبها فى صورة

(*) انظر أحمد حشمت أبو ستيت: أبحاث فى أصول القوانين-التجميع وموقـف الفقه إزاء المجموعات-مجلة القانون والاقتصاد-السنة الخامسة-ص٦٤٧ .

مواد متسلسلة وأسمت عليها قانوناً. والواقع أن ما عملته ليس قانونـــاً وليس تقنيناً وإنما هو تجميع غير رسمى لبعض القواعد.

مزايا التقنين :

- عملية التقنين ضرورة يقتضيها تقدم المدنيـــة ونـــشاط حركـــة التشريع نشاطاً كبيراً لا يؤمن مع وفرته التعارض والتـــضارب بين نصوص التشريع المتناثرة، فيحتاج الأمر إلـــى جمـــع مـــا يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون فى وثيقة واحدة جامعة تحقق التناســـق بـــين النـــصوص وترفـــع التعارض بينها.
- والتقنين إذ يضم القواعد المتعلقة بفرع معين من فروع القانون، وينسقها ويرتبها فى وضوح وإيجاز وبساطة يجعل من الميسور معرفة حكم القانون فى مسألة معينة بأسرع مـــا يمكـــن وبأقـــل مجهود ممكن. فمن يبغى حلاً لمـــسألة لا يكـــون عليـــه إلا أن يستثير المجموعة التى ينظمها ويتيسر معرفة حكم القانون فيـــه تمكين للقاضى من سرعة الفصل فى المنازعات، وفيه إشـــاعة للثقة فى النفوس، وفيه أيضاً ضمان هام لتحاشى إغفال قاعـــدة قانونية. ولا شك أن الإحاطة بكافة القواعد القانونية التى تتعلق بمسألة معينة تتأتى لو أن هذه القواعد القانونية كانت مجمعة فى كتاب واحد.
- والتقنين بحسبانه تشريعاً ضخماً يحقق من بـــاب أولـــى مزايـــا التشريع بالمعنى العادى. فهو من ناحية وحدة القانون فى البلـــد الواحد، وهو من ناحية ثانية يكون أداة لدفع المجتمع إلى الأمام

وإدخال الأنظمة والأفكار المناسبة فى النظام القانونى. وقد أصبح التقنين اليوم فى العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبلغه الجماعة من وحدة سياسية. بل لقد أصبح كذلك مظهراً للاستقلال الوطنى تفتتح به الجماعات المتحررة حياتها عقب التخلص من الاستعمار.

عيوب التقنين :

لقيت فكرة التقنين مهاجمة شديدة من أنصار المذهب التاريخى وعلى رأسهم سافينى. ومن تعاليم هذا المذهب أن القانون كائن حى يساير الجماعة فى تطورها، وليس من المصلحة أن يصب فى نصوص تشريعية تطبعه بطابع الجمود أو تعوق مسايرته حاجات المجتمع، وأنه إذا كان هذا العيب يخفف منه فى التشريع العادى افتراض موالاة المشرع له بالتعديل كلما دعت الحاجة إلى ذلك فإن احتمال هذا التخفيف منعدم فى حالة التقنين أو هو جد ضعيف.

وذلك لأن التقنين -نظراً إلى ضخامة المجهود الذى يبذل فيه وعلى الفائدة الكبرى التى يحققها للروابط القانونية تركيزه قواعد القانون فى مواد مختصرة- يكسب بمجرد نشره شيئاً من المهابة والتقديس يبهر الإبصار ويحجب عنها تطور القانون ويحمل الناس على أن ينظروا إليه باعتباره عملاً نهائياً يجب احترامه وعدم المساس به أو تناوله بالتعديل إلا عند الضرورة القصوى وفى غاية الحذر. وهذا فوق ما يقوم فى ذهن الناس من الاعتقاد بأن التقنين الجديد، وقد ألغى القديم دفعة واحدة

وحل مكانه فى تنظيم علاقات الناس وأحاط بكل ما يلزم لهذا التنظيم من حلول واختار من القواعد أصلحها وأوفاها بالغرض، يعتبر هو المصدر الوحيد لكل قواعد القانون، مما يجعل الشراح يقصرون جهــدهم علـــى البحث عن نية واضعى التقنين وراء كل نص من نصوصه مع التقيــد فى هذا البحث بالتفسير اللفظى الدقيق. وبذلك يصيب التقنين فوق جمود نصوصه جموداً فى تفسيره وهذا يتعارض وما ينبغى للقانون من مرونة ومن مسايرة لتطور المجتمع(١٢٣).

---

(١٢٣) كابيتان فى مقدمة القانون ص٩٥ نبذة ٥٦ وما بعدها-مشار إليه لدى- سليمان مرقس- ص١٦١ .

الفصل الثانى

المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون

المبحث الأول

العـــــرف : La Coutume

تعريـــف العـــرف :

العرف هو عبارة عن "اعتياد الناس أو إطرادهم علـى سـلوك معين مع شعورهم بإلزام هذا السلوك" فهو عبارة عن عادة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها إلزاماً قانونياً فالعرف هو إطراد العمل بين الناس وفقاً لسلوك معين: إطراداً مقترناً بإحساسهم بوجود جزاء قانونى يكفـل احترام هذا السلوك[١٢٤].

فقد يحدث أن يسلك شخص مسلكاً معينـاً إزاء مناسـبة معينـة ويقلده غيره فى هذا السلوك حين تعرض له نفس المناسبة، وهكذا حتى يعتاد المجموع هذا السلوك ثم يصح فى الأذهان أن هذا السلوك أمر لا خيار فيه وحينئذ يتكون العرف، الذى هو اعتياد ملزم-وهو بهذه المثابة يدخل الجماعة غير مكتوب ومن ثم فقواعده تعتبر من قواعد القـانون غير المكتوب. وقد ورد بالأعمال التحضيرية للقـانون المـدنى بـأن

---

(١٢٤) انظر أحمد سلامة: السابق- رقم٥٤ ص٨٢، سمـير تنـاغو: السـابق- رقم١٢٧ ص٤٢٣. حسن كيرة: السابق- رقم١٤٨ ص٢٧٢. سليمان مرقس السابق- رقم١٤١ ص٣٨٦ .

العرف هو "المصدر الشعبى الأصيل الذى يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص. ولذلك ظل هذا المصدر إلى جانب التشريع مصدر تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التى تسرى فى شأنها قواعد القانون المدنى وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء"[١٢٥].

ولفظ العرف له معنيان: الأول يدل على القاعدة القانونية غير المكتوبة أو غير المسنونة التى تنشأ من إطراد سلوك الناس فى مسألة معينة على وجه معين أى أنه ينصب على المصدر.

والثانى: فيعنى القاعدة غير المكتوبة فى حد ذاتها التى تولدت من هذا المصدر، وهذا المعنى ينصب على النتيجة.

وتعريف العرف بأنه قانون غير مكتوب هو تعريف يتميز بالسهولة واليسر، ويؤدى فى نفس الوقت إلى تفرقة واضحة بين العرف والتشريع.

والعرف من ناحية الوجود التاريخى يعد من أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، فقد كان العرف هو المصدر الوحيد فى

---

(١٢٥) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى-الجزء الأول- ص١٨٨ .

الأنظمة القانونية القديمة، ثم أصبح المصدر الرئيسى وكـان التـشريع بجانبه بمثابة استثناء. ومرد ذلك إلى أنـه يتكـون آليـاً ممـا تمليـه ضرورات العمل بمعزل عن تدخل السلطة الحاكمة فى الجماعة. فهـو مصدر رسمى فطرى وضرورى يعطى القاعدة القانونية قوة ملزمة فى العمل. خاصة حيث الحياة بدانية، والمحافظة علـى التقاليـد شـديدة والسلطة فى الجماعة ضعيفة أو غير متركزة فى يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الأمر بالقواعد القانونية والجبر علـى طاعتها.

ثم تبدل الأمر وأصبح التشريع هو المـصدر الرئيـسى وغـدا العرف فى معظم البلاد مصدراً من الدرجة الثانية لا يلجأ إلى تطبيـق أحكامه إلا عند عدم وجود نص تشريعى، أى عند وجود نقـص فـى التشريع.

وذلك هو دور العرف اليوم فى أغلب الدول الحديثة. ولا ينفى ذلك أن العرف ما زال فى بعض الدول كـإنجلترا، محتفظـاً بمكانـه كمصدر أصيل للقانون، وأن يكن يختلط فيها بأحكـام القـضاء حيـث السوابق القضائية ملزمة، مما يطويه تحت راية القضاء ويجعل الإلزام به على أساس اضطراد المحاكم على الحكم بقواعده، أى يجعل القضاء هو المصدر الرسمى للقانون. وأن يكن القضاء هناك -نظراً لما للسوابق

القضائية من إلزام-يكاد يرد بدوره إلى نوع من العرف هو الغرف القضائى[١٢٦].

أركان العرف

كما قلنا - فإن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين واعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم من خلال هذا التعريف-يتضح أن للعرف ركناً الأول هو الاعتياد أو ما يعرف بالركن المادى والثانى الشعور بالإلزام أو ما يعرف بالركن المعنوى[١٢٧].

الركن المادى : الاعتياد على سلوك معين :

يعنى اعتياد الأفراد على سلوك معين أى إطرادهم على سلوك معين أو تواتر[١٢٨] هذا السلوك، ويجب أن يتوافر الاعتياد عدة شروط حتى يكتمل الركن الأول للعرف. فيجب أن يكون قديماً وأن يكون عاماً وثابتاً.

القدم : فهو من مستلزمات الإطراد، فلا يقال أن الناس قد أطردوا على مسلك معين إلا إذا كانت قد مضت مدة طويلة على إتباعهم هذا المسلك أى على اعتيادهم عليهم. وأول ما يثور فى الذهن هو هل هناك مدة معينة يجب مرورها حتى يمكن القول بأن هذا الاعتياد

---

(١٢٦) انظر حسن كيرة-السابق- ص٢٧٣، سمير تناغو: السابق-نفس المكان.
(١٢٧) أحمد حشمت أبو ستيت: السابق- ص٦٣٧ .
(١٢٨) يستخدم لفظ تواتر وسنة بعض الفقه مثال ذلك حسن كيرة: ص٢٧٤، سمير: ص٤٢٧ .

أو الإطراد قديم. الإجابة على ذلك أنه ليس هناك حد أدنـــى يجـــب أن تبلغه هذه المدة، بل يكفى إلا يتذكر جيل معين متى نبت هــذا المــسلك والأمر متروك تقديره للقاضى، فهو الذى يقرر مسلكاً معيناً قد استقر فى المجتمع، وأنه ليس ندوة عابرة[١٢٩].

هذا يعنى أنه لا يمكن تحديد المدة التى يتوافر بها القدم، لأن هذه المدة تختلف فى كل نوع من العادات عنه فى غيـــره بحـــسب طبيعـــة المعاملات التى تنشأ منها هذه العادات، فالعادات الزراعية تحتاج فـــى تكوينها إلى مدة أطول مما تحتاج إليه العادات التجارية[١٣٠].

وفى إنجلترا صدر قانون فى سنة١٢٧٥ اشترط لاعتبار العـــادة قديمة أن ترجع إلى عهد بعيد جداً لا يذكره أحد ونص علـــى أنهـــا لا تعتبر كذلك إلا إذا ثبت أنها كانت موجودة فى سنة١١٨٩، ولا يزال هذا القانون نافذاً أى أنه لم يلحقه تعديل أو إلغاء، ولكن القضاة يكتفون فـــى تطبيقه بأن تثبت لديهم بأن أحداً من المعاصرين لم يشهد نشوء العـــادة المتمسك بها، أى أن وجودها سابق على ميلاد أى شـــخص لا يـــزال موجوداً على قيد الحياة، فيعتبر ذلك قرينة على أنها كانت موجودة فـــى سنة١١٨٩[١٣١].

---

(١٢٩) انظر أحمد سلامة: السابق- ص٨٣ .
(١٣٠) انظر جينى فى طريقة التفسير جـــ١ نبذة ١١٩ : مشار إليه لدى سليمان مرقس-السابق- ص٣٨٨ هامش رقم٢٠ .
(١٣١) الهامش السابق- نفس المكان.

العموم : ويتحدد معنى العموم فى الاعتياد هنا فى العرف على نفس المنوال كما حددنا العمومية فى القاعدة القانونية، بمعنى أنه يجب أن يكون الاعتياد أو الإطراد عاماً أى يكون قد اعتاد جميع الأشخاص سواء فى سائر أنحاء الدولة أو فى إقليم معين من أقاليمها أو فى وسط اجتماعى معين أتباع هذا المسلك. ولكن يجب مراعاة أن العموم هنا - كما هو فى التشريع - لا يعنى الإجماع، وإنما يكفى الشيوع، بمعنى أنه يعتبر متوافراً حتى ولو شذ عن إتباع العادة فرد أو بعض الأفراد. إذ قد تكون العادة خاصة بإقليم معين أو مدينة واحدة أو حى واحد أو بطائفة من الأشخاص أو بأهل حرفة أو مهنة.

هذا وتعتبر العادة عامة حتى ولو سار عليها شخص واحد، فمثلاً حين يعتاد رئيس الجمهورية إصدار قرار معين فى مناسبة معينة، فإن العادة باعتبارها ركناً فى العرف تتوافر متى توافرت لها بقية الشروط الأخرى وحين يخالفها بعد ذلك يعتبر قد خالف قاعدة قانونية[١٣٢].

الثبات : والمقصود بالثبات الاستقرار على مضمون المسلك أو العادة يعنى أن يجرى الناس على إتباع مسلك معين دون انقطاع وبشكل واضح ظاهر للعيان. ولا يؤثر فى ثباتها خروج بعض الأشخاص عليها فى فترات متباعدة، فيكفى أتباعها من قبل الغالبية بانتظام معين.

---

(١٣٢) أحمد سلامة: ألسابق - ص٨٤، سليمان مرقس: ص٣٨٨ .

تلك هى الأمور التى يجب توافرها فى الاعتياد حتـــى يتـــوافر الركن الأول للعرف ولكن البعض يضيف إلى ذلك أنه لا يكفى تـــوافر العموم والقدم والثبات، وإنما يجب أن يكون هذا المسلك أو الإطراد غير مخالف للنظام العام والآداب، بمعنى أن يجب ألا يكون فى إتباع هـــذا السلوك مساساً بالأسس الرئيسية التى يقوم عليها المجتمع(١٣٣)، يـــستوى فى ذلك أن يكون العرف إقليمياً أو محلياً أو مهنياً أو حتـــى شـــاملاً. فشمول العرف لسائر البلاد لا يعطيه الأولوية فى التطبيق على حساب النظام العام والآداب هذا فى حين يتطلب البعض هذا الشرط فقد إذا كان العرف محلياً أو مهنياً أو طائفياً حيث قد يتصادم مثل هذا العرف مع ما يستقر فى الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العـــام والآداب فيهـــا(١٣٤) وبشرط ألا تكون القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب مقررة بنصوص تشريعية آمرة وحينئذ لا تجوز مخالفتها بعرف شامل، لأن العرف أدنى من التشريع فى المرتبة.

الركن المعنوى: الشعـــــور بالإلـــــزام :

يعنى ذلك أن يسود الشعور لدى الناس بأنهم ملزمين بإتباع هذا السلوك المطرد بشأن مسألة معينة، ويعتقدون بأنه ملزم بمعنـــى أنهـــم يتعرضون للجزاء إذا ما خالفوه باعتباره قاعدة قانونية وهذا الاعتقاد لا

---

(١٣٣) السنهورى وحشمت أبو ستيت: السابق- فقرة٧٢- عبدالفتاح عبـــدالباقى- السابق-فقرة١١٧-محمد على إمام: فقرة١١٥-سليمان مرقس: ص٤٠٦ حـــسام لطفى: السابق-ص١٦ .

(١٣٤) حسن كيرة: السابق-ص٢٧٥ .
ويضيف بعض الشراح شرطين آخرين هما أن تكون العادة قد جرى عليها النـــاس بمحض اختبارهم دون أى ضغط أو إكراه وأن لا تكون مخالفة للمعقول.

يتكون طفرة وإنما يأتى بصفة تدريجية وبشكل غيــر محــسوس، ثــم يرسخ، فإذا بغالبية الناس تدركه وهذا ما يبرر اختلاف وجهات النظــر حول ما إذا كان هذا الاعتقاد متوافراً أو غير متوافر، فالمسألة إحساس وليست مسألة مادية تلمس أو ترى، كما يبرر من ناحية أخرى القول فى وقت معين بأن هذا الاعتقاد متوافر وحينئذ فإنه لا يكون هنــاك جــدال حول قيام قاعدة عرفية[١٣٥].

وهذا الركن المعنوى هو الذى يميز العرف عــن غيــره مــن العادات التى لا تعتبر عرفاً.

فهناك عادات لا تمت إلى القانون بــصلة كالعــادات المتعلقــة بالزيارات والاستقبالات والولائم وعادات تبادل الهــدايا فــى الأعيــاد والمواسم المختلفة. فهذه لا يتوافر لها مطلقاً الاعتقاد بأن لهــا حرمــة القواعد القانونية، ولا يمكن أن تكون عرفاً بمعنى الكلمة بل تعــد مــن قبيل المجاملات فقط[١٣٦].

ويلاحظ بأنه ليس هناك ما يمنع من أن تتحول عادة اجتماعيــة إلى عرف بمرور الوقت وهذا هو ما انتهت إليه محكمة ملوى الجزئية،

---

(١٣٥) انظر أحمد سلامة- ص٨٤- حسن كيره: ص٢٧٦ .
(١٣٦) سليمان مرقس-السابق- نفس المكان.

فحكمت بأن تقديم نقطة "الزواج" تعد عرفاً وأجازت مطالبة المهدى لها برد مقابل ما أهدى إليه فى مثل هذه الظروف(١٣٧).

وبديهى أنه إذا فقد أى ركن من هذين الركنين لا نكون بصدد عرف فحتى يمكن القول بوجود عرف كمصدر للقانون ينبغى توافر ركنيه معاً.

مزايا العرف وعيوبه

من مزايا العرف أنه :

- يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة وهذا يعنى أنه يطابق حاجات الجماعة، وأنه يتطور معها. فهو إذ يتكون مما يعتاده الناس فإنه يأتى على قدر واقعهم، ولا يزيد ولا ينقص، الأمر الذى يعطيه قدراً كبيراً من الملاءمة للظروف الاجتماعية.
- إذ يرتبط بما ترتضيه الجماعة يتطور تلقائياً معها، فتزول قواعده التى تخطاها التطور، وتنبت بدلاً منها قواعد أخرى تستجيب للجديد من المشاكل.

---

(١٣٧) محكمة ملوى الجزئية الأهلية ٥٢ من أكتوبر سنة١٩٤١- مجلة المحاماة، العدوان الأول والثانى-السنة الثانية والعشرون رقم٦٨ ص١٨٣-١٨٤. حيث أجازت لمن أهدى فى حالة غرس ومأتم شيئاً ما أن يطالب من أهداه إليه برد مقابل له فى مثل هذه الظروف وأوضحت المحكمة ذلك بقولها حيث أن نية من قدم الهدية لم تكن منصرفة إلى الخروج عن ماله (مائة قرش) لمجرد الإحسان أو العطاء بل أنه تقم ليجامل صاحبه وما كان يدور بخلده وقت تقديم الهدية أنه يهب ماله للمهدى بدون أن ينتظر مقابله وإلا لما أقدم على ذلك".

إذن يتميز العرف بارتباطه بالمجتمع وحاجاته وتستجيب تلقائيـــاً لمقتضيات التطور والمستجدات٠ فهو يتميز بالمرونة٠ غير أن للعرف عيوباً تتمثل فى :

عيـــــوب العـــــرف :

- يعاب على العرف أن يتكون ببطء حيث كمنا قلنا أنه يجــب أن يكون الاعتياد قديماً وثابتاً بما يعنى أنه لابد من مــرور فتــرة كبيرة حتى يتكون العرف ومن شأن هذا العيــب أن العــرف لا يستطيع أن يدفع بالمجتمع للتطور ولا يصلح لعــلاج المــشاكل التى تحتاج إلى علاج سريع بعكس التشريع الذى يمكنه مواجهة مثل تلك المشاكل بسرعة من خلال السلطة التشريع الذى يمكنه مواجهة مثل تلك المشاكل بسرعة من خلال السلطة التشريعية أو على الأقل عن طريق تشريعات الضرورة٠
- العرف بوصفه قاعدة غير مكتوبة يثير مــشاكل عديــدة مثــل صعوبة التحقق من مضمون القاعدة العرفية وصعوبة التحقــق من قيام القاعدة العرفية ذاتها -ومتى بدأت- وهل استقرت أو لم تستقر بما لا يضمن استقرار المعاملات بعكس التــشريع الــذى يمكن التحقق من وجود القاعدة القانونية فيـــه بــسهولة إثباتهــا بالرجوع للنصوص أو بالأدق الرجوع للتقنين -بمضمون القاعدة القانونية والعلم بها وبالتـــالى بإمكـــانهم أن يوفقــوا أمــورهم وتعاملاتهم على ضوئها٠ بل أن التشريع فى ســبيل اســتقرار المعاملات يضع قواعد قد يكون فيها افتئات على حقوق الغيــر مثال ذلك إجازة وضع اليد أو التقادم الذى بمقتضاه يمكن كسب

الملكية إذا استمر وضع اليد لفترة معينة وبشروط معينة وغيرها من الاعتداد بالوضع الظاهر وما ذلك كله وإلا فى سبيل استقرار المعاملات.

- وكذلك فإن العرف لا يسمح بتبنى أو اعتماد أفكار ثبت نجاحها فى مجتمع آخر، أو نادى بها مصلح أو مجدد مع أن المجتمع قد يكون فى أمس الحاجة لها. وذلك لأن العرف ينبع من واقع الجماعة فقط.
- يفقد العرف مزية وحدة النظام القانونى التى يتميز بها التشريع فالعرف قد يكون محلياً أو إقليمياً أو مهنياً، مما يؤدى إلى تعداد القواعد العرفية. بل أن العرف المحلى قد يتعدد بتعدد المناطق مع أن القواعد تكون ذات مضمون واحد وهذا التعدد لا يساعد على التقدم بل التأخر لعدم وحدة النظام القانونى فى المجتمع.
- باختصار فإن ما سبق قوله فى صدد مزايا التشريع وعيوبه نجد نفس الكلام هنا فى صدد العرف ولكن بصورة عكسية ذلك أن مزايا التشريع تعتبر عيوب للعرف وعيوب التشريع هى مزايا العرف.

التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية:

سبق القول بأنه لكى يوجد عرف فلابد من ركنين هما الاعتياد والإلزام توافر. فالعرف يتميز بأنه يتسم بكونه ملزم لاعتقاد الناس اعتقاداً راسخاً فى أنهم ملزمين بإتباعه وأنهم يتعرضون لجزاء. فالجزاء يكفل احترام العرف. وعلى هذا النحو يتميز العرف Coutume عن مجرد العادة.

المبحث الثانى
مبادئ الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية مصدر رسمى أصلى فى مسائل الأحوال الشخصية:

سبق القول بأن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى فى نطاق محدود يتمثل فى بعض مسائل الأحوال الشخصية والوقف. وهى تعتبر مصدرا رسميا أصليا فى هذا النطاق المحدود، حيث تعتبر الشريعة ذات الولاية العامة فى هذا النطاق وبالنسبة إلى المصريين جميعا على إختلاف عقائدهم الدينية، فلا يخرج عن ولايتها العامة فى هذا الشأن إلا بعض مسائل محدودة تدخل إستثناء فى ولاية الشرائع الدينية الأخرى.

موضوع الأحوال الشخصية :

فالشريعة الإسلامية تعتبر مصدر رسمى أصلى فى مسائل الأحوال الشخصية، والمقصود بمسائل الأحوال الشخصية وفقا لقضاء محكمة النقض هى مجموعة مايتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليه أثرا قانونيا فى حياته الإجتماعية. ككون الإنسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو إبنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية بالمقابلة للأحوال العينية فتشمل كل الأمور المتعلقة بالمسائل المالية

بحسب الأصل.... (١٣٨). وقد عرف المشرع الأحوال الشخصية بأنها تشمل "المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجية وواجباتها المتبادلة، المهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالإبوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع. والإلتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة وإعتبار المفقود ميتا، وكذلك المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.... (١٣٩).

وتضيف المادة ١٤ هذه إلى أنه تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية الهبة بالنسبة إلى غير المسلمين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك.

فالشريعة الإسلامية تعتبر مصدر رسمى أصلى فى هذه المسائل وكذلك الوقف بالنسبة للمسلمين.

أما بالنسبة لغير المسلمين فلا تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين حيث ترك

---

(١٣٨) نقض مدنى فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ - مجموعة عمر - جـ١، رقم ٢٠٠ ص٤٥٤.

(١٣٩) المادة ١٤ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ وقد ألغى هذا القانون وحل محله القرار بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٢ المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٤٠ فى ٥ أكتوبر سنة ١٩٧٢.

المشرع هذه المسائل لأحكام شرائعهم الخاصة بهم ولاتطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية فى هذه المسائل بشرط أن يكونوا (أى غير المسلمين المصريين) متحدى الطائفة والملة والديانة وأن يكون لهم جهات قضائية منظمة (مجالس ملية) وقت صدور القانون رقم ٦ لسنة١٩٥٥ - بمعنى أنه إذا تخلفت هذه الشروط أو أحدها لاتطبق على غير المسلمين شرائعهم الخاصة وإنما تطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية وتكون مصدرا رسميا أصليا أيضا.

بإختصار تطبق الشريعة الإسلامية فى مسائل الأحوال الشخصية وتكون مصدرا رسميا أصليا وذلك بالنسبة للمسلمين وكذلك غير المسلمين إذا لم يتحدوا فى الديانة والملة والطائفة أولم يكن لهم جهات قضائية منظمة أو مايعرف بالمجالس الملية أو إذا تعارضت أحكامهم مع النظام العام بخلاف ذلك تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا للقانون يلى التشريع والعرف. وذلك على النحو التالى:

مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رسمى احتياطى:

وفقا لنص المادة الأولى من التقنين المدنى، تعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا ثانيا يلجأ إليه القاضى إذا لم يجد حلا للنزاع فى التشريع والعرف - فقد نصت المادة ٢/١ على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية....".

فلم يكن للشريعة الإسلامية إعتبار آخر بين المصادر الرسمية للقانون المصرى فيما عدا النطاق السابق (بعض مسائل الأحوال الشخصية والوقف). غير أن المشرع المصرى وفاء منه بحق هذه الشريعة التى ظلت قرون عديدة شريعة البلاد الأولى - إنتهى إلى إعتبارها فى التقنين المدنى الحالى ضمن المصادر الرسمية الإحتياطية التى تكمل نقص التشريع ووضعها فى المرتبة الثانية من هذه المصادر بعد العرف(١٤٠).

(١٤٠) حسن كيرة: السابق - رقم ١٦٥ ص٢٩٨. هذا رغم أن التقنين المدنى السورى أخذ عن التقنين المدنى المصرى إعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية ضمن المصادر الرسمية الإحتياطية، إلا أنه خالفه فى تحديد مكانها بين هذه المصادر إذ جعلها مقدمة على العرف لا تالية له (م/٢). ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء السوريين إلى أن ذلك لايؤثر على قيمة العرف ومكانته كمصدر رسمى.

المبحث الثالث
مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

تعتبر مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة آخر مصدر من مصادر القانون الرسمية الإحتياطية وذلك وفق نص المادة ٢/١ من القانون المدنى حيث نصت أنه "فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة".

معنى ذلك أن القاضى قد لا يجد نصا تشريعيا يحكم النزاع المعروض عليه، ولا فى العرف، ولا فى مبادئ الشريعة الإسلامية، فما هو الحل إذا؟ الإجابة على هذا التساؤل تتمثل فى فرضين لا ثالث لهما وفى كل فرض تترتب عليه نتائج، فإما ألا يحكم فى النزاع وهو يرتكب جريمة إنكار العدالة وإما أن يقضى فى النزاع باجتهاده وهذا يعنى خلق قاعدة قانونية وهى ليست وظيفته.

<u>ومن تطبيقات فكرة القانون الطبيعى وقواعد العدالة:</u>

تنظيم المشرع للملكية الأدبية والفنية والصناعية، ونظرية التعسف فى إستعمال الحق، وتحمل التبعية، ونظرية الحوادث الطارئة وقاعدة الغش يبطل التصرفات ومبدأ الغش يفسد التصرفات وفى التزامات رب العمل والدولة ومسئولية عديم التمييز.

القانون الطبيعى وقواعد العدالة بمثابة دعوة للقاضى للإجتهاد:

وإذاً فوضع مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة من بين المصادر الرسمية للقانون ليس إلا من قبيل إنقاذ المظهر، فبدلا من أن يقول المشرع للقاضى: اجتهد فى حل النزاع، فيؤخذ على قوله أنه يعطى القاضى سلطة التشريع مع أن وظيفته هى تطبيق القانون وليس خلقه - قال: يحكم القاضى وفق القانون الطبيعى وقواعد العدالة ليصل إلى نفس النتيجة ويعطى للقاضى ستارا يستتر به حين يجتهد، فهو يجتهد للكشف عن القانون الطبيعى مع أنه لن يصل إليه . وكل ما يطلب منه حين يجتهد ان يصدر عن اعتبارات موضوعية لاعن تفكير ذاتى خاص.

المبحث الرابع
المصادر التفسيرية
الفقه والقضاء

الفقه والقضاء مصادر تفسيرية للقانون غير ملزمة:

يعتبر الفقه والقضاء مصدرين تفسيرين للتشريع، غير ملزمين لا للمشرع ولا للقاضى ولا يلزمان أحدا بحسب الأصل. وبالرغم من ذلك فإن لهما دورا كبيرا حيث يستهدى المشرع بآراء الفقه والقضاء عند وضعه للتشريعات، وإن كان لكل منهما تأثير فهو نفوذ أدبى فقط.

لا يمكن أن يعتبر عمل كل من القضاء والفقه من المصادر الرسمية للقانون فوظيفة القضاء هى تطبيق قواعد القانون على مايعرض عليه من منازعات، لا خلق هذه القواعد، كما أن عمل الفقه هو دراسة أحكام القانون وأعداد شروحه لمعاونة القضاة وكل المشتغلين بالقانون أو المعنيين بدراسته، ولكن مع ذلك، فإن نشاط القضاء والفقه قد يكون له أثر فى نشوء قواعد القانون أو تطويرها، ولذا نتعرض لكل منهما بكلمة موجزة فيما يلى:

القضاء :

لفظة القضاء تطلق فى عدة معان، فهى أولاً، تعنى عمل المحاكم فى الفلل فى الخصومات التى ترفع إليها، فهذه المحاكم تقوم بالقضاء بين المتنازعين وهى تعنى مجموع المحاكم التى تكون السلطة القضائية

وبهذا المعنى يكون الكلام عن استقلال القضاء، كما تعنى أخيراً، وهذا هو المعنى الذى يهمنا فى الكلام عن مصادر القانون، الأحكـــام التـــى تصدرها المحاكم فى الفصل فى الخصومات، وعلى هذا المعنى يقـــال، استقر القضاء على مبدأ من المبادئ أو أن رأياً معيناً يؤخـــذ بـــه فـــى القضاء٠

الفقـــــــه :

يقصد بالفقه مجموعة الشروح والآراء التى يـــصدرها علمـــاء القانون فيما يقومون به من تفسير التشريعات وإبداء الرأى فى مطابقـــة أحكامها للحاجات الاجتماعية أو عدم مطابقتها لها، وما يقومون به مـــن تقصى قواعد العرف فى الأحوال التى يلزم فيها استمداد قواعد القانون من العرف، وما يحاولون من استنباط القواعد التى تؤخذ مـــن مبـــادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة٠

فالفقه لا يقتصر على شرح القوانين بقصد تحديد أحكامها وبيان حدود تطبيقها فى الفروض المختلفة، بل يعنى برد القواعد التفصيلية إلى أصولها لإقامة النظريات العامة للقانون، كما يبحث عن أفضل القواعد، فى ضوء الظروف الاجتماعية، ويدعو الشارع إلى الأخذ فيما يـــصدره من تشريعات٠

الباب الرابع

تطبيق القانون وتفسيره

نقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول: نطاق تطبيق القانون٠

الفصل الثانى: تفسير القانـــــــون٠

الفصل الأول

تطبيـــق الـقـــانـــون

المقصود بتطبيق القانون هو معرفة حكمه بالنسبة لمسألة معينة، فالقانون ينظم سلوك الأفراد فى المجتمع، وعلى الأفراد أن يوفقوا سلوكهم وفقا له، فالقانون أداة لحل مشاكل الأفراد فى المجتمع وتطبيق القانون يقتضى تحديد مجال تطبيق من حيث الزمان ومن حيث المكان، أى تحديد نطاق القانون الزمنى والمكانى. وهذا ما ندرسه تحت مسمى نطاق القانون.

وهذا ما نبحثه:

المبحث الأول
نطاق تطبيق القانون

ندرس فيه النطاق المكانى لتطبيق القانون والنطاق الزمانى لتطبيقه.

أولا: النطاق المكانى للقانون

مبدأ إقليمية القوانين :

يوجد مبدأ عام معترف به ب ين جميع الدول والمجتمعات يقضى بأن سلطان الدولة التشريعى ينحصر داخل حدودها، أى داخل إقليمها.. فالمعروف أن أهم عناصر الدولة الإقليم والشعب، أى أن لكل دولة إقليمها أو أرضها التى توجد عليها. وكذلك الشعب أى الأفراد الذين يعيشون داخل هذه الدولة وينتمون إليها بجنسيتهم.

والقانون يصدر عن إرادة الدولة ويتحدد نطاقه بالنطاق الذى تسود فيه هذه الإرادة. والدولة لها حق فى السيادة على كل إقليمها، وعلى كل من يوجد وكل ما يقع على هذا الإقليم، ولها كذلك حق السيادة على كل الأشخاص الذين ينتمون إليها بجنسيتهم.

والدولة تصدر التشريعات التى تحكم كل ما يقع على إقليمها سواء أكانت أطرافه وطنيين أم أجانب، ولكن ليس لها أن تضع تشريعا لدولة أخرى أو أن تترك قانونها يطبق فى إقليم أجنبى وإلا كان فى ذلك

اعتداء على سيادة الدولة الأخرى. وهذا المبدأ يعرف بمبدأ إقليمية القوانين.

ويمكن أيضا أن يطلق مبدأ شخصية القوانين حينما نتحدث عن سريان القانون فى دولة معينة على الأشخاص التابعين لها حتى ولو كانوا خارج حدودها[١٤١].

استثناء على مبدأ الإقليمية :

لايتفق تطبيق مبدأ الإقليمية بحذافيره مع واقع الحياة الحديثة، بل أنه لايمكن تطبيقه تطبيقا صارما اليوم. ولذلك سمحت الدول بسريان القانون الأجنبى على إقليمها حيث تركت له بعض المسائل ليمتد فيحكيها. وأول ما يثور فى الذهن هنا هو التساؤل عما إذا كان فى هذا السماح انتقاص من سيادة الدولة على إقليمها؟

نجد أنه قد اجتهد الفقه فى تبرير الخروج على مبدأ الإقليمية. فقد قال البعض بأن أساسه مجاملة الدول بعضها البعض الآخر، ومن قائل بأن هذا الإنتقاص تقتضيه طبيعة الأمور بل ويفرضه العرف الدولى ولولاه لصعب إنتقال الأفراد من دولة إلى أخرى، لاسيما وأنه إنتقاص متبادل، بمعنى أن كل دولة تقره وتطبقه، وبهذه المثابة فإنه لا يعد إنتقاصا. ويرى البعض، دون الدخول فى تفاصيل هذه التبريرات، أن هذا الإنتقاص حقيقة واقعة فى كافة الدول. ذلك أن المراعاة الصارمة

---

(١٤١) أنظر حسن كيرة: السابق - رقم ٥٥ ص٣٢٥، سمير تناغو - السابق - رقم ١٩٤ ص٦٣٥.

لمبدأ الإقليمية يفترض أن الدولة تغلق نفسها على أفرادها فلا تسمح لهم بالخروج منها ولاتسمح لغيرهم بالدخول فيها. وإذن فقد يجتاز القانون حدود دولته ويدخل حدود دولة أخرى ليحكم بعض المسائل التى تتعلق برعاياه، وإذن فهو يتتبع أشخاصه، ومن هنا سمى تتبعه بشخصية القانون[١٤٢].

ونرى أن الإستثناء على مبدأ الإقليمية بامتداد نطاق تطبيق القانون إلى خارج حدود دولته أو تطبيق قانون أجنبى داخل حدود الدولة إن كان يعد خروجا على سيادة الدولة من الناحية الشكلية فهو ليس كذلك من الناحية الموضوعية، فالحقيقة أنه لاغضاضة فى السماح بأعمال قانون أجنبى داخل الدولة أو العكس مادام ذلك يتم بإتفاق بين الدول سواء إتفاقات ثنائية أو إتفاقات دولية كما هو الحال فى شأن اختصاص محكمة العدل الدولية والسماح لها بعقد محاكمات لأفراد من دول شتى. وإتفاقات تسليم المجرين بين الدول وغيرها.

لكن من المهم ومن المتفق عليه دوليا أنه يجب ألا يترتب على تلك الإستثناءات الإخلال أو الإصطدام بالنظام العام والآداب العامة فى الدولة التى يطبق فيها القانون الأجنبى وهذا ما نص عليه المشرع المصرى فى المادة ٢٨ من القانون المدنى حيث نصت على أنه "لايجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة (المواد من ١٠ إلى ٢٧) إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر". وعلى ذلك فإنه لو تبين للقاضى المصرى عند تطبيقه للقانون

---

(١٤٢) أنظر أحمد سلامة: السابق: ص١١٢.

الأجنبى أن هذا القانون يصطدم مع النظام العام فإنه يـــستبعده ويطبـــق أحكام القانون المصرى على النزاع.

ثانياً: النطاق الزمنى للقانون

نعنى بالنطاق الزمنى للقانون تحديد الفترة التى يطبق فيها، أو عمر القانون فالقانون ليس مؤبدا، وإذا كان من صفات القانون الدوام، بمعنى الإستقرار والثبات، وعدم التغيير والتعديل بين عشية وضحاها، وذلك من أجل مبدأ إستقرار المعاملات. فإنه ليس معنى ذلك أن يوضع ليكون مؤبدا. وإنما يكون له وقت يطبق فيه أو يسرى فيه وتكون أحكامه نافذة فيه وتبدأ هذه الفترة من الوقت المحدد لنفاذه أى لدخوله حيز التنفيذ إما بمجرد نشره أو بإنقضاء المهلة المحددة للعمل به وفى خلال فترة نفاذ القانون ما يطبق على مايحدث قبل هذه الفترة أو بعد إنقضاء هذه الفترة، فإنه لايسرى أو لايطبق عليها هذا بحسب الأصل.

لكن الأمور لاتسير دائما على هذا النحو من السهولة ذلك أننا نواجه بعقبات سواء من الناحية الواقعية أم من الناحية القانونية تجعل من المناسب أو من العدل أن يسرى القانون على وقائع أو علاقات حدثت قبل نفاذه. وهو مايعرف بالإسم الأثر الرجعى للقانون، لأنه يسرى على الماضى أو أرجعت على الماضى. كما أن الوقائع قد لاتحدث أو تنشأ وتنتج كل آثارها، دائما، فى ظل قانون معين، أو قاعدة قانونية وهنا لاتكون ثمة مشكلة لكن المشكلة تتأتى من أن نشوء الواقعة قد يحدث فى ظل قانون أو قاعدة معينة وتنتج آثارها فى ظل قانون آخر

يحل محله. فهنا تتمثل الصعوبة فى نشوء الواقعة فى النطاق الزمنى لقانون معين وتنتج آثارها فى النطاق الزمنى لقانون آخر. وهناك نكون بصدد تحديد ماهو القانون الذى يحكم هذه الوقائع والمعاملات وآثارها هل هو القانون القديم أم الجديد؟.

الإجابة على هذا السؤال ليست سهلة وللتدليل على ذلك نضرب المثال التالى :

- **الأهليـــة** : كانت سن الرشد المالى قبل سنة ١٩٢٥ ثمانى عشرة سنة، ثم رفعها قانون المجالس الحسبية الصادر فى تلك السنة إلى إحدى وعشرين. فما حكم الأشخاص الذين بلغوا الثامنة عشرة قبل صدور التشريع الجديد؛ أيستمر اعتبارهم بالغبن طبقا للقانون القديم أو يعودون قصرا عملا بالتشريع الجديد؛ وإذا كان التشريع الجديد هو الواجب تطبيقه عليهم، فماذا يكون حكم التصرفات التى عقدوها فيما بين بلوغهم الثامنة عشرة وتاريخ العمل بالتشريع الجديد.

إستثناءات مبدأ عدم الرجعية :

بالرغم من أهمية مبدأ عدم رجعية القانون إلا أنه توجد اعتبارات تبرر الرجعية، أى أن هناك إستثناءات على مبدأ الرجعية هى:

أولاً: النص الصريح على رجعية القانون الجديد.

وثانيا: القوانين الأصلح للمتهم.

وثالثا: التشريعات التفسيرية.

إستثناءات متفق عليهما: وهما حالة النص صراحة على الرجعية وحالة القانون الأصلح للمتهم.

١ - النص صراحة على الرجعية :

سبق القول بأن مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضى والسلطة التنفيذية فى إصدارها للوائح، وأنه لايقيد المشرع إلا فى مجال القانون الجنائى. ومن ثم فهو لا يقيد إرادة المشرع، الذى يستطيع أن يصدر قانونا ينطبق على الماضى بأثر رجعى[١٤٣]. وهذا الإستثناء تنص عليه صراحة الدساتير المصرية المتعاقبة كما سبق القول وهو إستثناء مبرر حينما يتطلب الصالح العام الرجوع إلى الماضى ونقض ماكتسب فيه من حقوق أو تكون من مراكز قانونية أو ترتب عليها من آثار، أى حينما تصبح الرجعية ضرورة تفوق ضرورة الإستقرار فى المعاملات.. ومن هنا ينبغى على المشرع القصد فى إستعمال ماله من حق النص على رجعية القوانين، إلا فيما يحقق مصلحة للجماعة يهون فى سبيلها الإخلال باستقرار المعاملات[١٤٤]. فهناك حالات كثيرة تكون الرجعية فيها ليست فقط أمرا مقبولا بل وأمرا مرغوبا فيه. ومن هذا القبيل التشريعات التى تصحح تصرفات وقعت باطلة طبقا للقانون القديم، لتخلف شرط من الشروط التى يتطلبها هذا القانون. فالمشرع

---

(١٤٣) نقض ١٩٦٥/٣/٣١، مجموعة المكتب الفنى، س١٦، ص٤٢٠.

(١٤٤) حسن كيرة: السابق - ص٣٤٦. مارتى ورينو: ص١٩١، ويل Weill ص١١٤، كاريونيه: ص١٣٢. مشار إليهم فى مرقس. ص٣١١.

يصدر تشريعا جديدا يقرر فيه صحة التصرفات المذكورة، ويطلق على هذا النوع من التشريعات إسم التشريعات المقررة أو المصححة[١٤٥].

ومن قبيل التشريعات الرجعية المرغوب فيها، التشريع الذى ينشئ لأول مرة نظاما لشهر الحقوق العينية الأصلية أو التبعية كالملكية ومايتفرع عنها أو الرهن أو غيرها. فمن الواجب أن يسرى هذا القانون على جميع الحقوق القائمة، لأنه يهدف إلى تحقيق الإستقرار والثقة فى المعاملات، وكذلك التشريعات التى تحارب الغش نحو القانون أو التحايل على القانون، ومن هذا القبيل أن المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى المعمول به منذ ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والذى حدد ملكية الفرد بما لايجاوز مائتى فدان نص فى المادة ٣/٣ منه على عدم الإعتداد بتصرفات المالك التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢، وهو يوم قيام الثورة التى أصبح متوقعا بعدها صدور قانون بتحديد الملكية الزراعية مما دفع بعض الناس إلى التهرب والغش والتحايل قبل صدور القانون فقاموا بإبرام تصرفات صورية فى أراضيهم فرد عليهم المشرع قصدهم وذلك بأن قضى بالرجوع بأثر القانـــــــون إلــــــى اليوم الذى يتصور أن يكون بداية لمثل هذا التحايل، أى لم يسر القانون بأثر فورى وإنما بأثر رجعى.

والقول بضرورة النص الصريح على الرجعية يعنى أنه لايكفى أن تستفاد الرجعية بطريقة ضمنية، وإنما يجب أن ينص صراحة على الرجعية.

---

(١٤٥) سمير تناغو: السابق.

٢ - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم:

نصت المادة الخامسة من قانون العقوبات على أنه "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها. ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره....".

معنى ذلك أنه إذا كان الأصل هو مبدأ عدم رجعية القوانين وأن هذا المبدأ لايقيد المشرع كقاعدة عامة. فللمشرع إذا أراد أن تسرى القوانين على الماضى فله ذلك بالنص الصريح على تلك الرجعية. غير أن سلطة المشرع فى هذا الشأن فى مسائل العقوبات تعتبر معدومة. فالمبدأ هو عدم رجعية القوانين الجنائية الموضوعية أى تلك التى تبين الجرائم وتقرر العقوبات عليها. وهو مبدأ يقيد المشرع كما يقيد القاضى، فلا يملك المشرع - حتى بنص صريح فيه - الخروج عليه.. والواقع أن هذا المبدأ ألزم ما يكون فى قوانين العقوبات بخاصة، وذلك كفالة للحريات الفردية ومنعا من التوصل إلى أفعال كانت مباحة وقت إرتكابها.

ولكن إستثناء من مبدأ عدم الرجعية ورد هذا النص (م.٥ عقوبات) يقرر رجعية القوانين الجنائية الأصلح للمتهم. فيكون للمتهم الإستفادة من القوانين التى تصدر بعد إرتكاب الجريمة إذا كانت أصلح له من القوانين التى ارتكب الجريمة فى ظلها. وحكمة هذا الإستثناء ظاهرة- إذ يقضى الصالح العام - وهو الذى تتكيف به الجريمة والعقوبة على السواء - بعدم أخذ المتهمين بجرائم قد غدت معتبرة أفعالا مباحة، أو بعقوبات قد ظهرت شدتها فانتهى الأمر إلى

تخفيفها[146]. ويتضح من نص المادة الخامسة من قانون العقوبات السابق ذكرها أن مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم يسرى سواء كان القانون الجديد يخفف العقوبة أو يلغى الجريمة تماما بجعله الفعل مباحا بعد أن كان مجرما أو يمنع العقوبة فقط أو ما يعرف بموانع العقاب.

ويستفيد المتهم من القانون الجديد الأصلح له حتى ولو كان قد صدر ضده حكم نهائى، بل حتى ولو كان قد بدأ تنفيذ الحكم، وهنا يوقف تنفيذ الحكم وانتهاء آثاره الجنائية.

لكن يلاحظ أنه فى حالة تخفيف العقوبة أى حالة ما إذا كان القانون الجديد الأصلح يخفف العقوبة فقط عما كانت عليه فى القانون السابق، فيسرى القانون الجديد على الجرائم التى ارتكبت فى ظل القانـــون القديم مادام لم يصدر حكم نهائى بشأنها (م.٥/٣)، بمعنى أن شرط إستفادة المتهم فى هذه الحالة هو ألا يكون قد صدر ضده حكم نهائى، أما إذا كان قد صدر ضده حكم نهائى أى استنفذ الحكم كافة طرق الطعن فإنه لا يستفيد من القانون الجديد الأصلح له. لأن الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى.

إستثناءات محل خلاف :

اختلف الفقه بشأن القوانين التفسيرية والقانون الجديد المتعلق بالنظام العام والآداب.

المبحث الثانى

(١٤٦) حسن كيرة: السابق - رقم ١٩٠ ص٣٤٦، رقم ٢٠٩ ص٣٩٢.

إلغـــــاء القانـــــون

الإلغـــــاء L'abrogation هو تجريد القاعدة القانونية من كل قـــوة ملزمة سواء بإصدار تشريع آخر بدلاً منه أو بدون إصـــدار تـــشريع آخـــر، وسواء أكانت القاعدة الملغاة قاعدة تشريعية أم قاعدة عرفية. فالإلغاء يعنـــى إنهاء سريان القاعدة القانونية ومنع العمل بها ابتداء من هذا الإنهاء. والأصل أن القاعدة القانونية إذا صدرت صحيحة وصارت نافذة، فهى سارية معمـــول بها حتى يحصل إلغاؤها قانوناً، ويترتب على إلغاء القاعدة القانونية إما إحلال قاعدة قانونية جديدة محلها وإما الاستغناء عنها بعدم استبدال غيرها(١٤٧).

فالقاعدة القانونية لها بداية ونهاية، فالقاعدة القانونية، كما سبق القول، ليست موضوعة لتكون مؤبدة. لأن القاعدة القانونية تعبيـــر عـــن رغبـــات الجماعة واحتياجاتها. ولما كانت هذه الرغبات عرضة للتغير والتبدل فكذلك القانون. فما يصلح لمجتمع من المجتمعات من قواعد قانونية فى وقت الـــسلم قد لا يصلح فى وقت الحرب. وما يصلح له فى وقت الانتعاش الاقتـــصادى قد لا يكون ملائماً فى وقت الأزمات الاقتصادية وما كان يصلح فى القـــرون الماضية لم يعد يصلح فى الوقت الحالى. وعندما يتبين للسلطة القائمة علـــى التشريع بأن قاعدة قانونية معينة أصبحت غير ملائمة للمجتمع وجـــب عليـــه إلغائها وإحلال محلها. وكذلك القاعدة العرفية إذا اتضح أنها لم تعد تـــستجيب لحاجة الجماعة، فإنه سرعان ما يظهر محلها قاعدة عرفية أخرى.

وقد نصت المادة الثانية من التقنين المدنى على أنـــه "لا يجـــوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو

---

(١٤٧) انظر عبدالحى حجازى: السابق- رقم٢٧٨ ص٢٣٩، حسن كيرة-رقم ١٨٠ ص٣٣١.

يشتمل على نص يتعارض مع نص صراحة على هذا الإلغاء، يــشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القــديم، أو يــنظم مــن جديــد الموضوع الذى سبق أن يقر قواعده ذلك التشريع"٠

وحسبما يستفاد من هذا النص فإنه إلغاء القاعدة القانونيــة قــد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً٠ وصحح أن النص يتكلم عــن إلغــاء القاعدة القانونية التشريعية، ومع ذلك فالرأى متفق على أن الإلغاء قــد يكون صريحاً أو ضمناً أياً كان نوع القاعدة القانونية أى سواء أكانــت قاعدة تشريعية أم قاعدة عرفية٠

ووفقاً لمبدأ التدرج التشريعى فإنه لا تلغى القاعدة التشريعية إلا بقاعدة تشريعية مثلها فى نفس قوتها أو أقوى منها: فالتشريع الدستورى لا يلغيه إلا تشريع دستورى، والتشريع العادى لا يلغيه إلا تشريع عادى أو تشريع دستورى٠ والتشريع الفرعى لا يلغيه إلا تشريع فرعــى أو تشريع عادى، والقاعدة العرفية لا تلغى إلا بمقتضى قاعدة عرفيــة أو بمقتضى تشريع عادى٠ وهكذا٠

كيف يتم الإلغاء :

الإلغاء قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً: ويترتب على الإلغاء فى الحالتين إنهاء القاعدة القانونية الملغاة وتجريدها من قوتها الملزمــة وتقسيم الإلغاء إلى الإلغاء الصريح والإلغاء الضمنى لا يبرز إلا بالنسبة للقواعد التشريعية مأخوذة بالمعنى الواسع٠

أولاً: الإلغاء الصريح Abrogation expresse

ويتخذ الإلغاء الصريح إحدى صورتين: الأولى وردت فى نص المادة الثانية من التقنين المدنى والثانية أجمع عليها الفقه.

الصورة الأولى :

وهى تتحقق حين يصدر تشريع جديد ينص على إلغاء قاعدة أو قواعد معينة من القواعد القائمة وقت صدوره. وقد يعين القانون الجديد ما يلغيه من قواعد على سبيل التخصيص، وقد ينص على إلغـــاء كـــل قاعدة مخالفة لحكمه، وقد يجمع بين الطريقتين[١٤٨] ويمكن أن نـــضرب أمثلة لذلك:

١- القانون رقم١١٤ لسنة١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى الذى نـــص فيه على إلغاء القانون رقم١٨، والقانون رقم١٩ لسنة١٩٢٣ من قانون التسجيل.

٢- القانون المدنى الحالى رقم١٣١ لسنة١٩٤٨ الـــذى نـــص فـــى المادة.

الصورة الثانية: إلغاء القوانين المؤقتة :

---

(١٤٨) أحمد سلامة: السابق- رقم٧٩ ص١٢٠ .

بالرغم من أن نص المادة الثانية من القانون المدنى قـد جـرى على أنه "لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء٠٠٠" وبالرغم من أن هذه الصياغة تفيد قصر الإلغـاء الصريح على حالة صدور تشريع لاحق، إلا أنه من المتفـق عليـه أن للإلغاء صورة أخرى هى صورة القوانين المؤقتة، وهـى تـشريعات تصدر متضمنة أجلاً يعمل بها خلاله أو تعين واقعة متى تحققت انتهـى العمل بها، ويغلب أن يصدر هذه التشريعات فى فترات الأزمات كحالة الحرب أو أزمة اقتصادية معينة[١٤٩]٠ مثال ذلـك قـوانين التـسعيرة الجبرية لبعض السلع٠ فقوانين التسعيرة الجبرية تكون فى الغالب محددة بأجل معين تطبق خلاله ومن ثم فهى قوانين مؤقتة تتضمن أجلاً للعمل بها متى انتهى هذا الأجل ألغى وكان إلغاؤها صريحاً بالرغم من عـدم استعمال لفظ إلغاء أو انتهاء صراحة٠ ومن الأمثلة على هذا النوع من الإلغاء :

١- ما كان ينص عليه قانون أجور المساكن الصادر سنة١٩٢١ من أن ينتهى مفعوله فى٣٠ يونيه سنة١٩٢٢ ٠

٢- ما كانت تنص عليه المادة الثامنة من قرار رئيس الجمهوريـة بالقانون رقم١٨٤ لسنة١٩٥٨ فى شأن تنظيم الجامعـات فـى الجمهورية العربية المتحدة من أنه إلى أن يتم تـشكيل مجلـس جامعة أسيوط وهيئاتها المختلفة المبينة فى القـانون المرافـق يتولى وزير التربية اختصاصات مجلس الجامعة ويتولى مـدير

---

(١٤٩) أحمد سلامة: السابق ص١٢١، محمد عمران: السابق-ص١٢٨، جميل الشرقاوى: السابق-رقم٧٢، حسن كيرة: السابق- رقم١٨١ ص٣٣٢ ٠

الجامعة باقى الاختصاصات. معنى ذلك أنه عندما يتم تـشكيل مجلس جامعة أسيوط وهيئاتها المختلفة ينتهى العمـل بالمـادة الثامنة من القرار بقانون رقم١٨٤ لسنة١٩٥٨ .

ويلاحظ أنه لما كان من صفات القانون الدوام، وبالتـالى فـإن القوانين المؤقتة نادرة فإن معنى ذلك أن هذه الصورة الثانية من الإلغاء الصريح تعتبر بالتالى نادرة أو قليلة.

ثانياً: الإلغاء الضمنى Abrogation tacite :

لا يشترط أن يكون الإلغاء صريحاً بل يمكن أن يكون ضـمنياً وهذا ما يستفاد من نص المادة الثانية حيث نصت على أنـه "لا يجـوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغـاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم، أو ينظم مـن جديـد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التـشريع "فيكـون الإلغـاء ضمنياً إذا لم ينص عليه صراحة وإنما يستفاد أو يـستخلص بطريقـة ضمنية أو يفهم أمره ضمناً من التعارض مع نص التشريع القـديم، أو من تنظيم نفس موضوع القانون القديم من جديد.

الصورة الأولى: التعارض بين القانون القديم والجديد :

تتحقق هذه الصورة الأولى من صور الإلغاء الضمنى بـصدور تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضاً تاماً مـع نـص فـى التشريع السابق. فهنا يقوم تعارض بين قاعدتان إحداهما فـى قـانون

سابق والأخرى فى قانون لاحق بشكل لا يمكن الجمع بين تطبيق حكميهما، فإن هذا المسلك يفيد أن المشرع قد غير رأيه الذى تتضمنه القاعدة السابقة أى ألغاه، ووجب الاقتصار على تطبيق القاعدة اللاحقة تأسيساً على المبدأ القائل: أن القانون اللاحق يلغى القانون السابق(١٥٠). بمعنى أنه يفهم ضمنياً من صدور التشريع الجديد وتنظيمه نفس موضوع القانون القديم، واستحالة تطبيقهما معاً، أن القانون الجديد قد نسخ وألغى القانون القديم، وبديهى أن الإلغاء الضمنى فى هذه الصورة لا يكون إلا فى حدود التعارض والتنافر بين القواعد القديمة الحديثة(١٥١) أى يقتصر إلغاء التشريع السابق إلغاء ضمنياً على القدر اللازم لرفع التضارب بينه وبين التشريع الجديد(١٥٢). فإذا صدر قانونان متعاقبان فى الزمان ومتناقضان فى الأحكام، اعتبر القانون القديم منسوخاً ضمنياً بالقانون الحديث إذا كان التعارض بين أحكامهما تاماً وكلياً، أما إذا كان التعارض جزئياً بأن كان واقعاً بين أحكامهما فحسب، فلا ينسحب أو الإلغاء الضمنى منطقاً إلا على ما ثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون القديم مع القانون الحديث(١٥٣).

---

(١٥٠) انظر: أحمد سلامة: السابق- ص١٢٢. سليمان مرقس: السابق- ص٢٢٨، محمد عمران: السابق-ص١٢٩. حسن كيره: السابق- ص٣٣٣ .

(١٥١) حسن كيره: السابق- نفس المكان.

(١٥٢) نقض مدنى فى ١٩٦٤- مجموعة أحكام النقض من ١٥- رقم٧٧ ص٤٨٢ .

(١٥٣) انظر نقض مدنى١٥ ديسمبر١٩٦٦- مجموعة أحكام النقض-س١٧-٢٧٩ ص١٩٣٢ نقض ١٠مايو١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض جـ١٧- رقم١٤٢ ص١٠٥٠ نقض مدنى٢٩ مارس١٩٧٢- مجموعة أحكام النقض جـ٢٣- رقم٨٨ ص٥٦٤ .

ومثال ذلك فى المادة٤٥ من التقنين المدنى الملغى كانت تـنص على أن الملكية فى الأموال منقولة كانت أو ثابتة، تنتقل بمجرد حصول العقد المتضمن التمليك متى كان المـال ملكـاً للملـك"، فلمـا صـدر قانوننة١٩٢٣، ونص فيه على أن ملكية الأموال الثابتـة لا تنتقـل إلآ بالتسجيل، أى أنها لا تنتقل بمجرد العقد، وقع التضارب بين المـادة٤٥ مدنى قديم وقانون التسجيل المذكور فيما يتعلق بانتقال ملكيـة الأمـوال الثابتة وحدها ولم ينص قانون التسجيل على إلغاء هذه المادة ضمن مـا نص على إلغائه صراحة٠ وتعتبر هذه المادة ملغية ضمناً فيمـا يتعلـق بانتقال ملكية الأموال الثابتة فقط دون حكمها المتعلـق بانتقـال ملكيـة الأموال المنقولة فهذه الأخيرة تنتقل ملكيتها بمجرد العقـد كمـا كـان الوضع القانون المدنى السابق٠

ولا توجد مشكلة فى التعارض بين القانون القديم والجديد إذا كان تعارضاً تاماً أو كلياً أو كان تعارضاً جزئياً٠ لكن المشكلة تتمثل فى أن هناك فروض عديدة للتعارض فقد يكون التعارض بين حكم عام قـديم وبين حكم خاص جديد أو العكس أو بين حكم عام قـديم وحكـم عـام جديد٠٠ وهكذا٠ وقد اتفق الفقه على ضوابط لحل هذه الـصور علـى النحو التالى :

١ - التعارض بين حكم عام قديم وحكم عام جديد: فإذا كان القانون القديم يتضمن حكماً عاماً وصدر قانون جديد يتضمن حكماً عاماً يناقض الحكم الأول٠ فإن القانون القديم يعتبر ملغياً برمته، إذ لا يمكن الجمع فى التطبيق بين حكمين عامين متعارضين٠

٢- التعارض بين حكم خاص قديم وحكم خاص جديد: فـــإذا كـــان القانون القديم يتضمن حكماً خاصاً ثم صدر قانون جديد يتضمن حكماً خاصاً يناقض الحكم الأول فإن القانون القديم يعتبر ملغياً بطريقة ضمنية لا يمكن الجمع بين حكمين خاصين متعارضين٠

ولا توجد صعوبة فى هاتين الصورتين من التعـــارض ولكـــن المشكلة الحقيقية فى إتيان التعارض بين أحكام ليست من صفة واحـــدة بمعنى أن أحدهما عام والآخر خاص أو العكس وذلك على النحو التالى:

٣- التعارض بين حكم قديم عام وحكم جديد خـــاص: فـــإذا كـــان التعارض قائماً بين قواعد قانونية قديمة تضع حكماً عاماً وبـــين قواعد قانون حديثة تأتى بحكم خاص، يتعارض مع ما يتضمنه القانون القديم، فإن القانون الجديد يلغى من القانون السابق الحكم الخاص فقط، أى أن القانون السابق يلغى فقط بالنسبة لهذا الحكم الخاص، أما بالنسبة لبقية قواعده أو أحكامـــه فيبقـــى ســـارى المفعول، أو بعبارة أخرى فإنه يستخلص من القانون الجديد أن الحكم الجديد قد نسخ ضمنياً الحكم العام القديم فى شأن ما جـــاء بتخصيصه فقط٠ وبذلك يحد الحكم الخاص من مـــدى عمـــوم الحكم القديم العام فيقتطع بعض ما يندرج تحته ويجـــرى عليـــه حكم قاعدة مغايرة[١٥٤] أو يعتبر القانون الجديد قد أتى باستثناء على ما يتضمنه القانون السابق من حكم عام٠ ويعبر عن ذلـــك

([١٥٤]) حسن كيره: السابق- ص٣٣٤ ٠

بقاعدة: أن الحكم "الخاص" يلغى الحكم "العام" بقدر مـــا يقــوم بينهما من تعارض[١٥٥].

مثال ذلك الحكم الوارد بالقانون المدنى القديم فى المادة٤٥٥ منه كانت تقضى بأن الملكية تنتقل فى المنقول والعقار بمجرد العقــد، وثــم صدر قانون التسجيل سنة١٩٢٣، ثم قانون الشهر العقــارى رقــم١١٤ سنة١٩٤٦ وقد أتيا بحكم جديد يختلف عن القانون المدنى السابق، حيث قد اشترطا لنقل الملكية فى العقار أن يتم تسجيله أى أنهما قــضيا بــأن الملكية فى العقار وكافة الحقوق العينية العقارية لا تنتقل إلا بالتــسجيل، أى لا تنتقل الملكية هنا بمجرد العقد. ووجه الاختلاف أو التعارض هنا نتعلق فقط بنوع واحد من الأول هو العقارات أما المنقولات فبقيت كما هى فى القانون القديم-إذن فوجه التعارض أن حكم القانون القديم هــو حكم عام لأن يشمل المنقول والعقار بصفة عامة دون تمييــز بينهمــا، وبينما الحكم الجديد الوارد بقانون التسجيل والشهر العقارى هو حكــم خاص لأنه يتعلق أو يختص بالعقار وحده دون المنقول. ويكون مــن شأن هذا التعارض إلغاء حكم القانون القديم فيما يتعلق بالعقــار فقــط. ويصبح من ثم التسجيل شرطاً لنقل ملكية العقارات فقط. ويكون نقــل الملكية فى المنقول بمجرد العقد وفق ما يقضى به القانون القديم.

٤ - التعارض بين حكم قديم خاص وحكم جديد عام: علــى عكــس الصورة السابقة فإن التعارض يقوم فى هذه الصورة بين قانون قديم يتضمن حكماً خاصاً وقانون جديد يتضمن حكماً عاماً فــإن

---

(١٥٥) محمد سلامة: السابق- ص١٢٣ .

ما يتضمنه القانون القديم لا يعتبر ملغياً حتى ولو تأكد التعارض بين القانون، أى أن الحكم الخاص القديم يبقى ولا يلغى. وذلك على أساس القاعدة القائلة: بأن الحكم العـام لا يلغـى الحكـم الخاص ولو كان لاحقاً عليه فيسرى الحكم الخـاص باعتبـاره استثناء يرد على الحكم العام الذى وضعه القانون الجديد العـام ولذلك لا يلغى الحكم الخاص ضمنياً إلا بحكـم خـاص مثلـه متعارض معه[١٥٦].

ومثال ذلك قانون إيجار الأماكن رقم١٢١ لـسنة١٩٤٧ الـذى صدر بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية والذى يعد تـشريعاً اسـتثنائياً- يتضمن أحكام خاصة فى تنظيم العلاقة بين المـؤجرين والمـستأجرين وبعد صدوره صدر القانون المدنى الحالى ق. رقم١٣١ لـسنة١٩٤٨ ليسرى ابتداء من ١٥ أكتوبر١٩٤٩ وهو عبارة عن تشريع عام نظـم أحكام عقد الإيجار فى المواد من٥٥٨ إلى٦٣٤. ونظراً لأنه تشريع عام يتضمن نصوصاً عامة فى صدد تنظيم أحكام عقد الإيجار، فإنه لا يلغى القانون رقم١٢١ لسنة١٩٤٧ لأنه قانون خاص بالرغم من التعـارض بينهما فالعام لا ينسخ الخاص. ويظل القانون١٢١ لـسنة٤٧ تـشريعاً خاصاً ببعض الأماكن وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية[١٥٧].

---

(١٥٦) سليمان مرقس: السابق- رقم٩٤ ص٢٣٠- عبدالمنعم البدراوى: السابق ص١٣٧- حسن كيره: السابق- ص٣٣٤- أحمد سلامة: السابق: ص١٢٤. حكم محكمة مصر الابتدائية ٣ نوفمبر١٩٤٩- المحاماة-١ لسنة٢٩- رقم٤٣٠ ص٧٩١ .

(١٥٧) نقض٧/٦/١٩٨٧- مجموعة أحكام النقض- س٢٩. ص١٤٢٨. انظر- مؤلفنا: عقد الإيجار- دار النهضة العربية-١٩٩٨-ص٢٩ .

الصورة الثانية للإلغاء الضمنى :

صدور تشريع جديد ينظم نفس الموضوع من جديد :

وتتحقق هذه الصورة إذا صدر تشريع جديد ينظم تنظيماً كـــاملاً موضوعاً سبق أن نظمه تشريع سابق. فى هذه الحالة فـــإن التـــشريع السابق يعتبر منسوخاً جملة وتفصيلاً حتى ولو لم يكن هناك تعارض مع التشريع الجديد أو كان هناك تعارض، وسواء اقتصر التعارض علـــى بعض الأجزاء أم شملها كلها، وسواء تعارض حكم خاص مع عـــام، أم خاص مع خاص أم عام مع عام.

ولكن يشترط لذلك أن يغير المشرع (فى التشريع الجديد) المبدأ ذاته[١٥٨] الذى أسس عليه التشريع السابق. ذلك أنه حين يعيد المـــشرع تنظيم موضوع تنظيماً كاملاً فمعنى ذلك أنه يريد تغيير المبدأ ذاته الذى انبنى عليه التشريع السابق، وتغيير المبدأ يقتضى تغيير كل ما يترتـــب عليه من تفاصيل.

ومن ثم فإن معيار قيام هذه الصورة الثانية أن يغيـــر المـــشرع المبدأ ذاته[١٥٩] فإذا لم يغيره بل غير بعض أحكام تفـــصيلية لـــه فـــإن الإلغاء فى هذه الحالة تحكمه حلول الصورة الأولـــى ولـــيس حلـــول الصورة الثانية. فالفرق إذن بين الصورة الأولى والصورة الثانية أنـــه فى الأولى لا يعيد المشرع تنظيم موضوع كامل، أما فى الصورة الثانية فإنه يقوم بهذا التنظيم.

---

(١٥٨) الإدارية العليا ٥ نوفمبر١٩٥٥- المحاماة-السنة٢٦- رقم٥٠٦ ص١٠٥٦ .

(١٥٩) أحمد سلامة: السابق. ص١٢٥- سليمان مرقس: السابق- ص٢٣٣ .

ولا يشترط لقيام هذا الحكم الذى يقضى بإلغاء القانون السابق الذى أعيد تنظيم موضوعه بقانون جديد أن ينص القانون الجديد صراحة على نسخ القديم وإلا كنا بصدد الإلغاء الصريح. فالنسخ للقانون القديم يقوم دون حاجة إلى أن ينص القانون الجديد على هذا النسخ(١٦٠).

ومن الأمثلة على هذه الصورة من الإلغاء موضوع قيد الحقوق العينية التبعية، فقد كان القانون المدنى القديم وكذلك قانون التسجيل سنة ١٩٣٢ كانا ينظمان قيد الحقوق العينية التبعية وقد نظم قانون الشهر العقارى رقم١١٤ لسنة١٩٤٦ نفس الموضوع. فيعتبر القانون الأخير ناسخاً لقانون التسجيل ونصوص التقنين المدنى القديم المتعلقة بهذا الموضوع ولو لم يكن قد نص فيه صراحة على إلغائها.

وكذلك قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة١٩٤٧ بالنسبة إلى قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة١٩٢٥، وقانون نظام القضاء الصادر فى سنة١٩٤٩ بالنسبة إلى لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادرة فى سنة١٨٨٣ وإلى قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة١٩٤٦. فإن هذه القوانين الجديدة كان صدورها كافياً لإلغاء القوانين السابقة إلغاء ضمنياً لو أنه لمي نص فيها على الإلغاء الصريح.

الصورة الثالثة للإلغاء الضمنى :

---

(١٦٠) نقض مدنى ١٧ ديسمبر١٩٥٩- مجموعة أحكام النقض س١٠ رقم١٢٤ ص٨٢٠ .

إلغاء التشريع لإلغاء النظام القانونى الذى ينظمه :

وتتأتى إذا كان هناك نظام قانونى معـين ينظمـه تـشريع أو تشريعات قائمة ثميلغى هذا النظام فإن كل القواعد المنظمة لـه تعتبـر ملغاة. ومثال ذلك النظام الملكى قبل الثورة فقد كانت هنـاك قـوانين متعددة تحميه. وبمجرد أن ألغى فإن كافة هذه القوانين تعتبر ملغاة، إذ هى كانت تستند على النظام الملكى، فإذا انهار هـذا النظـام انهـارت بدورها، فهى تابعة له[١٦١] مثل القوانين المنظمة لوراثة العرش وجريمة العيب فى الذات الملكية وغيرها.

ومثل ذلك قانون سنة١٨١٦ الذى ألغى الطلاق فى فرنسا، فإنه قد ترتب على إلغاء جميع نصوص قانون نابليون التى كانت تنظم أحكام الطلاق. وقد ظلت هذه النصوص ملغاة حتـى بعـد صـدور قـانون سنة١٨٨٤ الذى أعاد مكنة الطلاق، واقتضى الأمر وضع أحكام جديدة للطلاق.

---

(١٦١) فقضت محكمة النقض بأن صدور قانون بلدية الإسكندرية رقم٩٨ لسنة١٩٥٠ المعدل بالقانون رقم٤٩ لسنة ١٩٥٦ الذى ألغى الأمر العالى الصادر فى سنة ١٨٩٠ لا يستتبع إلغاء لوائح الإدارة العامة السابق صدورها فى ظل الأمر العالى الملغى.
نقض مدنى٢ يونيه ١٩٧٠- مجموعة أحكام النقض١ لسنة٢١- رقم١٥٣ ص٩٥٦. نقض مدنى٢٦/٤/١٩٧٣- مجموعة أحكام النقض-١- لسنة٢٤-رقم١٢٠ ص٦٨٢ .

لكن إلغاء التشريع لإلغاء النظام القانونى الذى ينظمه لا يــؤثر علـــى اللوائح المنفذة للتشريع القديم، بمعنى أن إلغاء نظام قــانونى معــين يستبدل به نظام قانونى جديد وإن ترتب عليه نسخ القواعد القديمة، فإن ما صدر من لوائح الإدارة العامة تنفيذاً للقانون القديم وبالنسبة للنصوص الواردة فيها التى لا تتعارض مع القانون الجديد، فإنهــا تبقــى نافــذة المفعول إلى ما بعد صدور القانون الجديد، ما لم ينص صراحة علـــى إلغاء مثل هذه اللوائح٠

عدم استعمال التشريع مدة طويلة لا يلغيه :

أثير التساؤل حول ما إذا كان هناك قانون أو تــشريع صـــدر ودخل حيز التنفيذ بمجرد نشره أو بانتهاء المدة المحددة للنشر ٠ ولكــن هذا التشريع ظل مدة طويلة لم يستعمل أى لم يطبق فيها فما أدى إلـــى وجود عرف بعدم تطبيقه٠ فهل يفسر عدم الاستعمال بأنه إلغاء للتشريع أم أنه لا يعتبر إلغاء له ويظل باقياً إلى حين أن يلغيـــه المــشرع أو أن يطبق من جديد٠

الفصـــل الثـانـــى

تفـسيـــر الـقـــانـــون

الأصل فى نصوص التشريع أن تكون واضحة محددة ومفهومة بأن تكون موضوعة بصيغة لاتثير لبس أو غموض أو عدم تحديد فى شأن إنطباقها على الوقائع أو الفروض التى تنظمها. لكن يحدث أن لا تكون نصوص القانون على هذه الدرجة من الوضوح والتحديد. فيكشف الجانب العملى عن مشاكل فى تطبيق النص القانونى، ولذا يلزم تفسيرها. فما هو التفسير، الإجابة على هذا السؤال تقتضى البحث فى المسائل التالية:

المبحث الأول: تعريف التفسير.

المبحث الثانى: أنواع التفسير.

المبحث الثالث:طرق وقواعد التفسير.

المبحث الرابع:مدارس أو مذاهب التفسير.

وهذا ما ننتقل إليه.

تعريـــــف التفسيـــــر

يقصد بالتفسير بيان حقيقة معنى قاعدة تشريعية مكتوبة صادرة من سلطة مختصة[١٦٢]. وتفسير القانون أى تحديد المعنى الحقيقى

---

(١٦٢) منصور مصطفى منصور: السابق - رقم ١٥٧ ص٢٨١ - جميل الشرقاوى: مبادئ القانون - دار النهضة العربية - رقم ٥٧ ص١٥٦. أحمد سلامة: السابق - رقم ٨٤ ص١٨٧.

لمضمون القاعدة التى وضعها المشرع[١٦٣]. فهو تلك العملية الذهنية التى يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها[١٦٤].

التفسير لا يتصور إلا بالنسبة للقواعد المكتوبة، أى القواعد التى تستمد من مصادرها الرسمية فى ألفاظ معينة، وهذا ينطبق على القواعد التشريعية كما ينطبق على القواعد التى تستمد من نصوص الكتب السماوية. فحاجة قواعد القانون إلى التفسير تقتضى أن تكون هذه القواعد مصاغة فى عبارات وألفاظ معينة، يقوم التفسير على تحديد مدلولها[١٦٥]. باختيار معنى معين للنص من بين مختلف المعانى الممكنة التى يحتملها[١٦٦].

وهو ما يتم عن طريق توضيح ماأبهم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج مانقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة[١٦٧].

---

(١٦٣) كابيتان: مقدمة لدراسة القانون المدنى - ط٤ - ١٩٢١ - رقم ٦١ ص١٠٠.

(١٦٤) عبدالحى حجازى: السابق - رقم ٢٣٧ ص٢١٠.

(١٦٥) أنظر: جميل الشرقاوى: السابق - ص١٥٦.

(١٦٦) كورنى: القانون المدنى - الطبعة السادسة - ١٩٩٣ - رقم ٣٨٦ ص١٣٠.

(١٦٧) السنهورى وأبو ستيت: السابق - رقم ١٧٧ ص٢٣٥ التفسير هو الإستدلال على الحكم القانونى وعلى الحالة النموذجية التى وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التى عبر بها المشرع عن ذلك (سليمان مرقس: السابق - رقم ١٢٠ ص٣٢٨).

- ذلك أنه إذا تعين نطاق القاعدة القانونية أو مدى سريانها لم يبق لإمكان تطبيق القاعدة القانونية على فروض الواقع - إلا تفسيرها، أى الوقوف على معنى ما تتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب إعطاؤه لما قد يعرض فى العمل

أما بالنسبة للقواعد غير المكتوبة كالعرف أو مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، فإن تحديد مضمونها لايكون تفسيرا لها وإنما يتخذ شكل التثبت من وجودها أى إثباتها بمضمون معين، أى أن البحث عن معناها هو فى نفس الوقت إثبات لوجودها من عدمه(١٦٨).

فالتفسير ينصب أساسا على التشريع، باعتباره الصورة المعتادة للقواعد القانونية المكتوبة فى الوقت الحاضر، ولذلك، فإن الكلام عن تفسير القانون، يكون القصد منه الكلام عن تفسير التشريع لأنه يحتل مكان الصدارة بين القواعد القانونية كافة.

أنــواع التفسيــر

ويقوم بالتفسير فى الغالب القاضى والفقيه، بينما يندر أن يقوم به المشرع، ويطلق على التفسير الذى يقوم به المشرع التفسير التشريعى، وحينما يقوم به القاضى يسمى التفسير القضائى وإذا قام به الفقيه عرف بالتفسير الفقهى وهذه هى أنواع التفسير الثلاثة.

من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية - وحسن كيره - السابق - رقم ٢١٠ ص٣٩٧.

(١٦٨) يرى البعض أن التفسير ينصب على التشريع فقط ولاينصب على بقية مصادر القانون كالعرف والدين ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة (السنهورى وأبوستيت: السابق).

١ - التفسيـــــر التشريعـــــى

تعريفـــــــــه :

التفسير التشريعى هو التفسير الذى يضعه المشرع نفسه ليبين به حقيقة ماقصده من تشريع سابق، إذا ظهر له أن المحاكم لم تهتد إلى هذا القصد[١٦٩]. ويسمى تفسيرا تشريعيا لأن تشريعا يصدر به فهو يصدر فى الغـــالـــب عندما تلاحظ السلطة التشريعية أن خلافا حادا قد ثار فى المحاكم (١) حول تحديد المعنى الذى قصده من تشريع سابق، أو حين تلاحظ أن المحاكم قد فهمت هذا التشريع بشكل يتضاد مع المعنى المقصود منه، أو بشكل يسلبه جوهر المعنى الذى يقصده. ولو ترك الأمر هكذا لضاعت كل قيمة من إصدار التشريع، أو لكانت نتائج إصداره وبالاً أراد المشرع أن يتحاشاه منذ البداية. ومن ثم تتدخل السلطة التشريعية لتعيد الأمر إلى نصابه وتبين حقيقة قصدها من هذا التشريع[١٧٠].

كذلك تقوم الحاجة إلى التفسير التشريعى فى الأحوال التى يسن فيها تشريعا على وجه السرعة، إذ يفترض فى هذه الحالة أن نصوص التشريع لن تكون متضمنة لكل الحلول التى تظهر الحاجة إليها عند تطبيق أحكامه.

---

(١٦٩) سليمان مرقس: السابق - رقم ١٢٢ ص٣٣١.

(١٧٠) والتفسير التشريعى بالمعنى الذى حددناه يعتبر بقية من بقايا مبدأ عام ساد فى القوانين القديمة. ففيها كان التفسير التشريعى هو الأصل، على أســـاس أن من يملك إصدار التشريع هو الذى يملك تحديد مضمونه. غير أن هذا المبدأ قد ضاق إلى أبعد حد، بحيث يندر أن يلجأ المشرع إلى التفسير بل يتركه للفقـــه والقضاء. أحمد سلامة: ص١٠٠.

ويتميز التفسير التشريعى بخاصتين هامتين: أنه تفسير ملزم وأن له أثر رجعى.. فكونه ملزما فلأنه يصدر فى صورة تشريع، والتشـــــريع يلزم دائما. وإما كـــونه له أثـــر رجعى، أى أنه يسرى على الماضى، فينطبق على الوقائع التى حدثت قبل صدوره أى قبل صدور التفسير أو القانون المفسر أو التفسيرى، بل ويسرى على القضايا المنظورة التى لم يتم الفصل فيها. فكما سبق القول أن التشريع المفسر يعتبر قد صدر مع التشريع المفسر.

إختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتفسير:

أسند المشرع المصرى للمحكمة الدستورية العليا مهمة تفسير القانون وذلك فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا[١٧١]. فنص فى المادة ٢٦ من هذا القانون على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارت بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى وحدة تفسيرها".

(١٧١) وقد حل هذا القانون محل القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩، الذى أنشأ المحكمة العليا التى كانت تختص بالتفسير، وبالتالى فإن المحكمة الدستورية العليا قد حلت محل هذه المحكمة.
وقد نشر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا فى الجريدة الرسمية العدد ٣٦ الصادر فى ٦ سبتمبر ١٩٧٩.
أنظر فى إختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية - مجلة القضاة ١٩٨٢ - عدد يوليو - ديسمبر - ص٤٨.

كما نصت المادة ٣٣ على أنه:

"يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية.

ويجب أن يبين فى طلب التفسير النص التشريعى المطلوب تفسيره وما أثاره من خلاف فى التطبيق ومدى أهميته التى تستدعى تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه".

كما نصت المادة ٤٩ على أن:

"أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة.

وتنشر الأحكام والقرارات المشار إليها فى الفقرة السابقة فى الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها".

وتطبيقا لهذه النصوص يتضح مايلى:

- فإن المحكمة الدستورية العليا تتولى مهمة تفسير النصوص التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية وتمتد لتشمل كذلك تفسير القرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا للدستور. ولكنه لايمتد إلى تفسير الدستور ذاته[١٧٢]. ومع ذلك فللمحكمة الدستورية العليا أن

---

(١٧٢) المحكمة الدستورية العليا: ٤ يناير ١٩٩٢- الجريدة الرسمية - ع٤. فى ٢٣ يناير ١٩٩٢ ص٢٦٢.

تعرض لبيـــــان مفهـــــوم النصوص الدستورية عند تعرضها لمدى دستورية نص قانونى معين[١٧٣].

- يشترط لقيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير لنصوص القانون أن تكون هذه النصوص قد أثارت خلافا فى التطبيق وأن يكون لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها وفقا للمادة ٢٦ سالفة الذكر فقد قالت المحكمة.... "ومؤدى ذلك أن يكون النص المطلوب تفسيره علاوة على أهميته، قد اختلف فى تطبيقه على نحو لاتتحقق معه المساواة أمام القانون بين المخاطبين بأحكامه رغم تماثل مراكزهم وظروفهم، بحيث يستوجب الأمر طلب إصدار قرار من المحكمة الدستورية العليا بتفسير هذا النص تفسيرا ملزما، إرساء لمدلوله القانونى السليم وتحقيقا لوحدة تطبيقه"[٢].
- أنه لكى تباشر المحكمة إختصاصها بالتفسير يجب أن يقدم لها طلب بـــالتفسير من جانب وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية. فلايحق لأى شخص تقديم طلب تفسير للمحكمة الدستورية العليا[١٧٤]. وكذلك لايحق للمحكمة أن تقوم بالتفسير من تلقاء نفسها[١٧٥].

---

(١٧٣) المحكمة الدستورية العليا: ٥ ديسمبر ١٩٨١، المحاماه س٦٢ ع١،٢ (يناير وفبراير ١٩٨٢ ص٧٦ رقم ١٩. وذلك فى صدر تفسير المادة الخامسة من الفصل الثانى من الجدول رقم (٢) الملحق بالقانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بتقرير رسم دمغة.
(١٧٤) المحكمة الدستورية العليا: ٦ فبراير ١٩٩٣- قضية رقم ٤٠ لسنة ١٣ق. دســـتورية - المحاماة - س٧٣ - ١٩٩٤ عدد ديسمبر - حـــ٣- ص١٩ رقم٤.
(١٧٥) نقض ١٩٨١/٣/٢٤ فى الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٤٩ق. مجموعة أحكام النقض- رقم ١٧٤ ص٩٣٩. فلايجوز لأحد الخصوم فى نزاع معين معروض أمام القضاء أن

- التفسير الصادر عن المحكمة الدستورية العليا ملزم لجميع سلطات الدولة وللكافة (م.٤٩)، فهو تفسير ملزم للمحاكم بإعتباره تفسير تشريعى طالما التزم حدود التفسير ولايتجاوزه. وشأن التفسير فى ذلك شأن أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية.
- كذلك يجب نشر القرار الصادر بالتفسير فى الجريدة الرسمية فى خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها. ويسرى هذا التفسير اعتبارا من تاريخ نفاذ النص محل التفسير، فيسرى على المنازعات محل التفسير والمنازعات السابقة على صدور قرار التفسير وقـد قالت المحكمة فى هذا الصدد بأن "الاختصاص بالتفسير التشريعى المخول لهذه المحكمة لاينشئ حكما جديدا، بل يعتبر قرارها بالتفسير مندمجا فى النص موضوعه وجزءا منه لايتجزأ وساريا بالتالى منذ نفاذه، ومن ثم يعتبر النص محل التفسير وكأنه صدر إبتداء بالمعنى الذى تضمنه قرار التفسير وليس ذلك إجراء لأثر رجعى لهذا القرار، بل هى إرادة المشرع التى حمل النص القانونى عليها منذ صدوره بعد تجلية المحكمة لدلالتها ضمانا لوحدة تطبيقه[١٧٦].

الخلاصة أن المحكمة الدستورية العليا تتولى مهمة إصدار تفسير تشريعى لنصوص القوانين والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس

يطلب من المحكمة وقف الدعوى حتى يلجأ إلى المحكمة الدستورية العليا طالبا منها تفسير القانون أنظر - حسام الأهوانى: السابق - ص٢٤٨.

(١٧٦) أنظر حكم المحكمة الدستورية العليا ١٩٩٣/١/٣٠- طلب التفسر رقم (١) لسنة ١٥ق. المحاماة - أغسطس ١٩٩٤ - حـ٢ رقم ٢ ص١٦٩. طلب تفسير المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية.

الجمهورية. بشرط أن تثير هذه القوانين والقرارات بقوانين خلافا فى التطبيق ويكون لها من الأهمية مايقتضى وحدة تفسيرها. ويقدم طلب التفسير من وزير العدل ويجب أن يبين فيه النص التشريعى المطلوب تفسيره وما أثاره من خلاف فى التطبيق ومدى أهميته وينشر قرار التفسير بالجريدة الرسمية ويسرى من تاريخ نفاذ النص المفسر.

٢ - التفـسـيـر القـضـائـى

يقصد بالتفسير القضائى ذلك التفسير الذى تتولاه المحاكم حينما تدعى إلى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة إليها[١٧٧]. فهو التفسير الذى يقوم به القاضى عند نظر النزاع المعروض عليه للفصل فيه. وتفسير القانون هو من صميم عمل القضاة[١٧٨]. والقاضى يقوم بالتفسير من تلقاء نفسه، دونما حاجة لأن يطلب الخصوم منه ذلك. لأن من صميم عمله بيان حكم القانون فى النزاع المعروض عليه، والذى لايستطيع عدم الفصل فيه بحجة غموض أو إبهام النصوص أو عدم وضوحها أو عدم وجود حكم فى القانون للنزاع وإلا عد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة وفقا للمادة ١٢٢ عقوبات كما سبق القول. ولهذا فهو ملزم بتفسير القانون حتى ينزل حكمه الصحيح على النزاع الذى يفصل فيه.

(١٧٧)حسن كيره: السابق - رقم ٢١٢ ص٤٠٠.
(١٧٨)سمير تناغو: السابق - رقم ٢٥٠ ص٧٤٢.

والتفسير الذى يقوم به القاضى ليس تفسيرا نظريا وإنما هو تفسير لـــه أساس عملى فهو يكون بمناسبة نزاع قضائى معين مدعو للفصل فيه.

ولذلك فهو يأتى متأثرا بهذا الأساس ويستجيب للضرورات العملية حتى ولو لم يتسق تمام الإتساق مع ما يقضى به المنطق. فالتفسير القضائى لايقع لذاته وإنما يقع تمهيدا لتطبيق نص قانونى فى دعوى مرفوعة فعلا، أى على نزاع يطلب تطبيق حكم القانون عليه. ولهذا لايجوز للأفراد أن يرفعوا دعوى أمام القاضى يطلبون منه فقط تفسير حكم القانون ليتولوا تطبيقه على ماعسى أن يكون بينهم من علاقات، وأن يحلوا على هديه منازعاتهم، فهذه الدعوى تكون مرفوضة، لأن هذا ليس من عمل القاضى[١].

والتفسير القضائى ملزم لطرفى النزاع الذى حصل التفسير بصدده، بناء على حجية الأمر المحكوم فيه التى تثبت للحكم. فلايجوز للطرفين أن يرفعا الدعوى مرة ثانية لنفس السبب ولنفس الموضوع. ولكن لاتتجاوز قوة هذا التفسير الإلزامية حدود هذا النزاع. بمعنى أنه إذا كان هذا التفسير ملزما لأطراف النزاع، فإن هذا الإلزام يقف عند حد هذا النزاع، ولايمتد إلى منازعات أخرى أو محاكم أخرى، إذ يجوز لمحكمة أخرى أن تعطى تفسيرا لنفس القاعدة مخالفا للتفسير الذى أعطته المحكمـــة الأولى، بل أنه يجوز لنفس المحكمة التى فسرت القاعدة القانونية.

التفسيـــــر الفقهــــــى

تعريف التفسير الفقهى:

والفقه هو المؤلفات والشروح التى يكتبها أساتذة القانون والقضاة والمحامون وغيرهم من المشتغلين بالقانون. وقد أصبح الفقه يهتم فى العصر الحديث بتفسير القانون فى مصادرة المختلفة، التشريع والقضاء والفقه. ولعل أهم مايقوم به الفقه فى هذا الشأن، هو رد الأحكام التفصيلية إلى أصولها العامة، وتنسيق المبادئ القانونية فى طوائف ونظريات، بحيث تمكن فى النهاية معرفة أحكام القانون فى سهولة ويسر. ولايقتصر دور الفقه فقط على التجميع والتنسيق والتحليل، بل كثيرا مايوجه الفقه إنتقادات قد تؤدى إلى تعديل فى موقف المشرع، أو إلى رجوع فى أحكام القضاء. وكذلك فإن الفقه يقترح فى بعض الأحيان حلولا للفروض التى ليس لها حلول فى مصادر القانون الوضعى. وكثيرا ما يأخذ القضاء بهذه الحلول[١٧٩].

والتفسير الفقهى: هو التفسير الذى يقوم به الفقهاء فى مؤلفاتهم وأبحـــاثهم أو فتاواهم[١٨٠]. وبصفة عامة بصدد دراستهم للقانون[١٨١]. ويتسم هذا التفسير بأنه نظرى بحت، إذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون فى تجريدها، لافى تطبيقها الفردى بصدد منازعات خاصة

---

(١٧٩)سمير تناغو: السابق - رقم ٢٥١ ص٧٥٤.
(١٨٠) عبدالحى حجازى: السابق - رقم ٢٣٨ ص٢١٠.
(١٨١) حسن كيره: السابق - رقم ٢١٢ ص٤٠٠.

معينة. فهو لايهمه كثيرا مقتضيات الضرورات العملية وإنما يهمه أكثر أعمال المنطق السليم والقواعد النظرية. فهو يتصف بالمنطق والتدليل المرهف والحجج البالغة والأقيسة المحكمة والأبحاث التاريخية المستفيضة. فهو مجرد وجهة نظر، مجرد فكرة ليست لها أية قوة ملزمة وليس لهذا التفسير الفقهى أية قوة ملزمة للقاضى مهما بلغت الثقة بصاحب هذا التفسير وأيا كانت شهرته العلمية فى حد ذاتها أية قوة إلزامية(١٨٢).

وإذا قارنا بين التفسير القضائى والتفسير الفقهى نجد بينهما الفروق التالية:

١- التفسير الفقهى يقوم به الفقه بينما القضائى يقوم به القضاة.

٢- التفسير الفقهى هو تفسير نظرى بينما القضائى هو تفسير عملى يقوم بمناسبة نظر النزاع المعروض على القاضى أى يقوم بمناسبة حالة واقعية معروضة عليه للفصل فيها.

ولذلك يتأثر التفسير القضائى إلى حد بعيد بالإعتبارات والظروف العملية والتفسير عند القاضى ليس غاية فى حد ذاته، بل

---

(١٨٢) عبدالحى حجازى: السابق - نفس المكان، أحمد سلامة: السابق. نفس المكان.

للفصل فى تلك الحالة. وهو لذلك يتأثر فى تفسير التشريع بالنتائج العملية التى يؤدى إليها تطبيق الرأى الذى يهتم بإعتماده فى الحالات الواقعية، ولايرى حرجا فى أن يحيد أحيانا عن قواعد المنطق إذا وجد أن اتباع هذه القواعد يؤدى إلى نتائج عملية لاتتفق مع العدالة ولايستريح إليها ضميره.

وسيلة بينما التفسير الفقهى يعد التفسير عنده غاية لاوسيلة فهو لا يبدأ من مشكلة عملية محددة وإنما يتصور بعض المشاكل التى قد تطابق الواقع وقد لا تطابقه، ومن ثم يأتى تفسيره مصطنعا بالصبغة النظرية المجردة، فما يهمه أكثر هو أعمال المنطق السليم والقواعد النظرية.

٣- التفسير الفقهى ليست له أية قوة إلزامية، بينما التفسير القضائى ملزم لأطراف النزاع الذى تم بمناسبته فقط. وينفذ بالقوة الجبرية عند تنفيذ الحكم إذا دعت لذلك ضرورة.

ولا تعنى هذه الفروق وجود تعارض تام بين الفقه والقضاء - فهما على العكس من ذلك - يحرصان على التعاون فيما بينهما فى تفسير القانون بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية والعملية على السواء. فالتفسير الفقهى يسبق عادة التفسير القضائى ويعين عليه. وهو يضطر القضاء على أى حال - أمام تداول الخصوم مختلف التفسيرات الفقهية - إلى إتخاذ موقف منها بالإنحياز إلى بعضها دون البعض الآخر. والتفسير القضائى كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقه، فيحاول - عن طريق الوصل بين مختلف الأحكام - إستخلاص الإتجاهات العامة للقضاء. وقد تمد الأحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها فى المجال التجريدى البحت، مما قد يدعوه إلى إعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو إلى تضييق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية. ولكن قد يدعو إنتقاد الفقه إتجاها معينا للقضاء إلى حمل المحاكم على العدول عما استقرت عليه من قبل من

تفسير[١٨٣]. فالفوارق بينهما لاتعنى أن التفسر القضائى يكون فى واد والتفسير الفقهى يكون فى واد آخر وإن الإثنان يختلفان من حيث الجوهر. فهما فى الحقيقة يتفقان فى هذا الجوهر وإن اختلفا من حيث الدرجة أو المدى فمن ناحية يلتزم كل من الفقيه والقاضى عند التفسير أساليب علمية واحدة، ومن ناحية أخرى فإن لكل منهما تأثير متبادل على الآخر[١٨٤]. على نحو ما وضحناه.

---

(١٨٣) حسن كيره: السابق - ص٤٠١.
(١٨٤) أحمد سلامة: السابق - ص١٠٣.

المدخل للعلوم القانونية

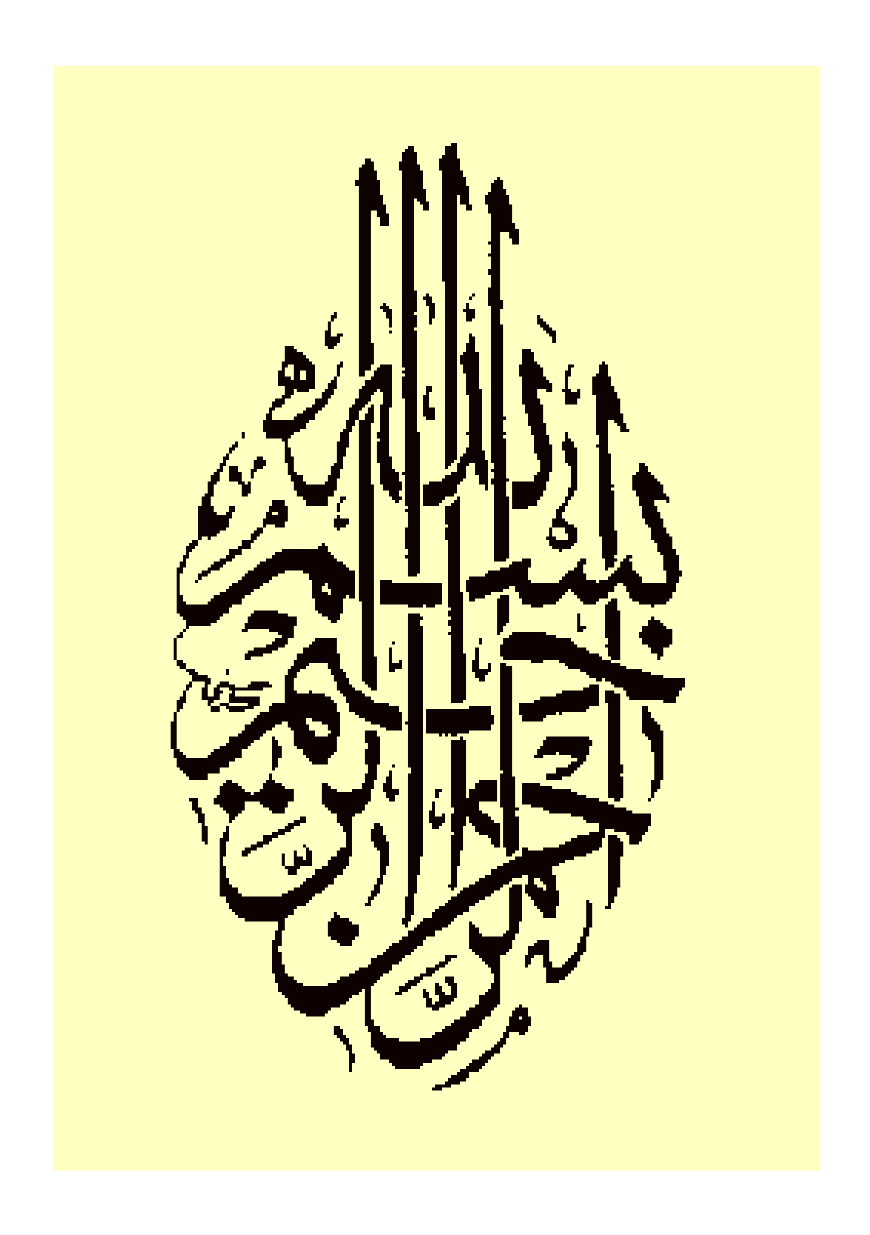
" نظرية الحق "

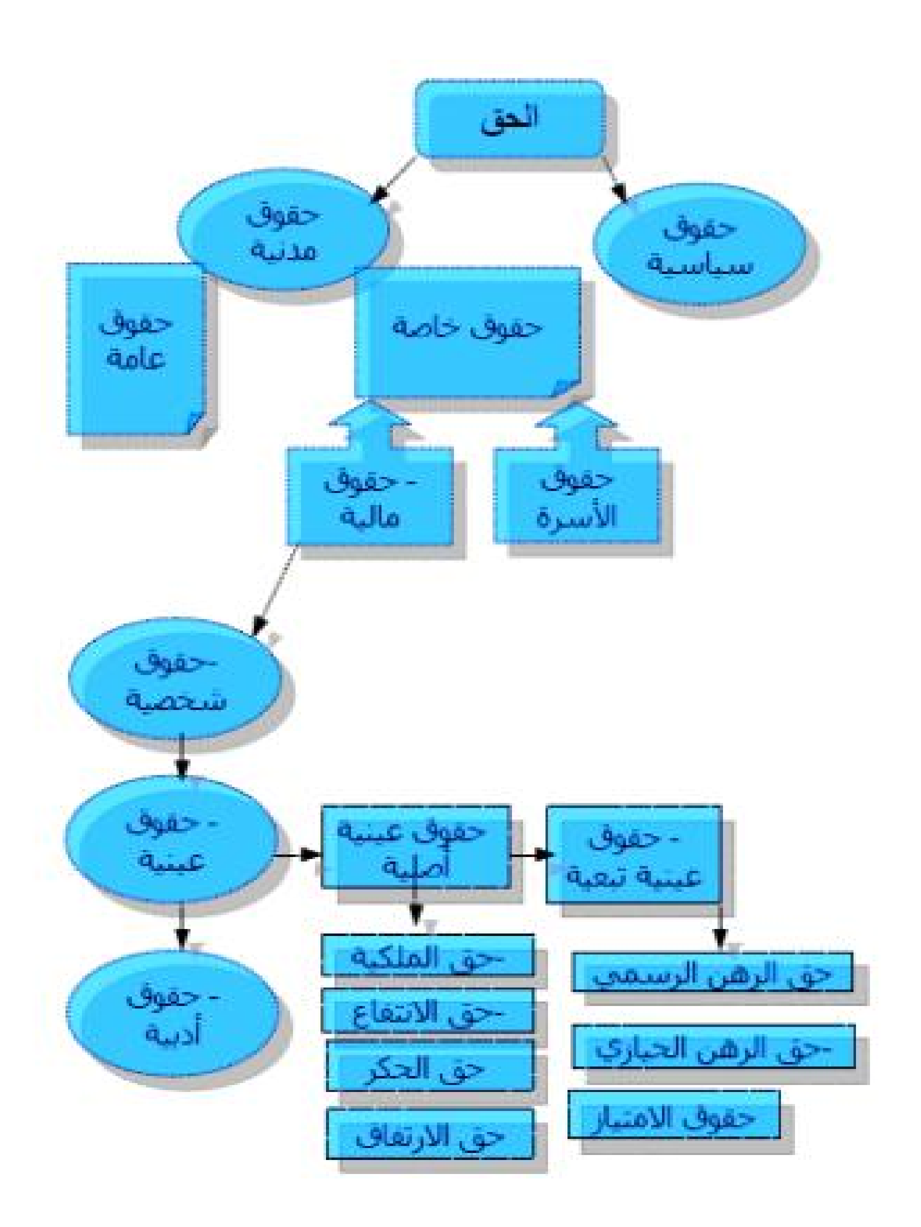
الدكتور

محمد أحمد المعداوى

مدرس القانون المدنى

بكلية الحقوق – جامعة بنها


بسم الله الرحمن الرحيم


الحق
حقوق مدنية
حقوق سياسية
حقوق عامة
حقوق خاصة
- حقوق مالية
حقوق الأسرة
-حقوق شخصية
- حقوق عينية
حقوق عينية أصلية
- حقوق عينية تبعية
- حقوق أدبية
-حق الملكية
-حق الانتفاع
حق الحكر
حق الارتفاق
حق الرهن الرسمي
-حق الرهن الحيازي
حقوق الامتياز

الباب الأول
فى التعريف بالحق وأنواعه

تقسيم :

نتناول فى هذا الباب تعريف الحق ، وأنواع الحقوق المختلفة وذلك فى فصلين متتاليين ، نخصص الأول لعرض التعاريف المختلفة للحق والثـــانى لبيان أنواع الحقوق المختلفة .

الفصل الأول
فى التعريف بالحق

أولاً : الحق فى اللغة : له معان كثيرة ، قال سبحانه " لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون ".

والحق من أسماء الله الحسنى ، قال تعالى " ثم ردوا إلـــى الله مـــولاهم الحق " ، ومعناه المستحق للعبادة ، الثابت الذى لا يزول ، والمتحقق وجوده أزلاً وأبداً ، واجب الوجود لذاته ، ولا وجود إلا به ، قال تعالى : " ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن بل آتيناهم بذكرهم فهـــم عن ذكرهم معرضون " [١].

ثانياً : الحق فى القانون :

أما عند رجال القانون ، فقد اختلفت آراء الفقهاء كثيراً حول تعريـــف الحق ، وبيان مدلوله ، وتحديد ماهيته ، وذهبوا فى ذلك مذاهب شتى ، ولـــم ينعقد الإجماع بينهم على وضع تعريف للحق[٢] ؛ حيث ركز بعضهم اهتمامـــه

---

[١] سورة المؤمنون الآية ١٧

[٢] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، المدخل لدراسة القانون " نظرية الحق " ، ج ٢ ، ص ٧ .

على شخص صاحب الحق ، فوجد فى إرادة هذا الشخص العنصر الجوهري فى الحق ، ومنهم من اهتم بمحل الحق أو موضوعه ، واتجه فريــق ثالــث اتجاهاً وسطاً ، جمع فيه بين المذهب الشخصى والمذهب الموضوعي ، ثــم ظهر اتجاه جديد فى تعريف الحق نادي به الفقيه البلجيكى دابان ؛ حيث ركز اهتمامه على عنصري الاستئثار والتسلط فى تعريفه للحق [٣] .

(١) المذهب الشخصى " الإرادة "[٤] :

يتزعم هذا المذهب الفقيه سافيني **SAVIGNY** وينظر إلى الحق من منظور شخصي أي بالنظر إلى صاحب الحق فيعرف الحق بأنه : " قدرة أو سلطة إرادية تثبت للشخص يستمدها من القانون " .

ويجعل هذا المذهب من الحق صفة تلحق صاحبة ، لهذا سمي بالمذهب الشخصي[٥] .

وقد انتقدت هذه النظرية لأنها تربط الحق بالإرادة ، بينما قد يثبت الحق للشخص دون أن يكون له إرادة ، كالمجنون والصبي غير المميز والجنين، كما قد تثبت للشخص حقوق دون عمله بها كالغائب والوارث الذي تنشأ له حقوق دون تدخله في ثبوتها وكذلك الموصى له تنشأ له حقوق عن الوصية دون عمله بها .

(٢) المذهب الموضوعي "المصلحة" :

ويتزعم هذه النظرية الفقيه الألماني أهريج " **IHERING** " ويعرف الحق بأنه " مصلحة يحميها القانون" فوفقا لهذا الرأي يتكون الحق من

---

[٣] انظر : ا.د عمر السيد احمد عبد الله ، النظرية العامة للحق ، ٢٠٠٤ ، ص ١٦ ؛ ا.د ياسين محمد يحيى ، النظرية العامة للحق ، ١٩٩٠ ، ص ١٧ .

[٤] وهى تعنى بالفرنسية :

La doctrine de la volonté

[٥] **انظر :** ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مبادىء القانون ، ٢٠٠١ ، ص ٢٦١ .

عنصرين، عنصر موضوعي وأخر شكلي .

ويقصد بالعنصر الموضوعي الغاية أو المصلحة التي تعود دائماً على صاحب الحق، وقد تكون هذه المصلحة مادية إذا كان الحق مالياً، وقد تكون معنوية إذا كان الحق غير مالي .

أما العنصر الشكلي فيتمثل في الحماية القانونية التي يعتبرها ركناً من أركان الحق، وهي ضرورية وتتمثل في الدعوى القضائية التي يدافع بها صاحب الحق عن حقه .

ولقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها تعرف الحق بغايته، إلى جانب أنها تعتبر المصلحة معياراً لوجود الحق، بينما الأمر ليس كذلك دائماً، فإذا كان من المسلم به أن الحق يترتب عليه مصلحة ، فالعكس ليس صحيح، فمثلاً فرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية حماية للصناعات الوطنية، يحقق مصلحة لأصحاب هذه الصناعات لأن هذه الرسوم تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم، ورغم ذلك فإن هذه المصلحة لا تعطيهم الحق في فرض تلك الرسوم بأنفسهم .

(٣) المذهب المختلط :

يعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه سلطة إرادية يعترف بهـــا النظـــام القانونى ويحميها ، وقد وجه لهذه النظرية النقد الموجه للنظريتين السابقتين معاً .

(٤) النظرية الحديثة في تعريف الحق :

نتيجة للانتقادات الموجهة للنظريات السابقة، ظهرت النظرية الحديثـــة في تعريف الحق، وحمل لواءها الفقيه الفرنسي دابان "**DABIN**" وتأثر بها

أغلب الفقهاء، ويعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنـــه: " ميــزة يقررهــا القانون لشخص ما ، ويحميها بالطرق القانونية ، وهذه الميــزة تخــول لــه التصرف متسلطاً على مال معترف له بالاستئثار به ، بصفته مالكاً أو مستحقاً له "[٦] .

[٦] حيث عرف دابان الحق بأنه :

Le droit subjectif est la prérogative concédées a une personne par le droit objectif par des voies de droit , de disposer en maitre d'un lien qui est reconnu lui appartenir , soit comme sien , soit comme du .

الفصل الثانى

فى أنواع الحقوق[٧]

تنقسم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية ، وهــذه الأخيــرة إمــا حقوق عامة أو حقوق خاصة ، وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق الأسرة أو حقوق مالية ؛ وهذه الأخيرة تنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية .

ولما كانت الدراسة التفصيلية لهذه الأنواع من الحقوق تتصل بأكثر مــن فرع من فروع القانون ، إلا أننا نعرض لها بإيجاز وفقاً لما تقتضيه الدراسة ، مع التركيز بشيء من التفصيل فيما يتعلق بالحقوق المالية لما تمثلــه مــن أهمية كبيرة فى الواقع العملي من وجهه نظر القانون المدنى .

---

[٧] **لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، المدخل للعلوم القانونية " النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق " ، دار الكتاب العربى ، ١٩٦٢ ، فقرة ٢٨١ ، ص ٤٥١ ،ا.د جلال على العدوى ، ا.د رمضان أبو السعود ، المدخل لدراسة القانون " نظرية الحق " ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص ١٦١ ، ا.د محمد شكرى سرور ، النظرية العامة للحق ، دار الفكر العربى ، فقرة ٢٠ ، ص ٣٩ .

المبحث الأول : الحقوق السياسية

Droit politique

ماهية الحقوق السياسية :

هى الحقوق التى يقررها القانون للشخص باعتباره منتمياً إلى بلد معين ، وتخول له المساهمة فى حكم هذه الدولة وإدارة شئونها .

ومن أمثلة هذه الحقوق ، حق الانتخاب [٨]، وحق المواطن فى ترشيح نفسه للمجالس النيابية ، وإبداء الرأى فى الاستفتاء ، وحقه فى تولى الوظائف العامة فى الدولة.

السمات الخاصة للحقوق السياسية :

- لا تثبت الحقوق السياسية إلا للمواطنين فقط دون الأجانب[٩] ، وحتى بالنسبة للمواطنين فقد لا تثبت لهم جميعاً ، بل إنها تثبت فقط لمن تتوافر فيه منهم بعض الشروط الخاصة كاشتراط بلوغ سن معينة ، فعضو مجلس الشعب يجب ألا يقل سنه يوم انتخابه عن ثلاثين سنة ميلادية كاملة ، ولا يثبت حق الانتخاب إلا لمن بلغ الثامنة عشرة .
- تدخل دراسة هذه الحقوق فى نطاق دراسة القانون العام وعلى الأخص القانون الادارى والقانون الدستوري ، إذ هو الذى يتكفل بتحديد هذه الحقوق ويبين كيفية ممارستها [١٠].

---

[٨] هو حق التصويت لاختيار الأشخاص الذين ينوبون عن أفراد الشعب فى تولى السلطات العامة .

[٩] ومع ذلك ، يجيز القانون على سبيل الاستثناء تولى الأجانب بعض الوظائف العامة وكذلك الاشتراك فى التمتع بحق الانتخاب بالنسبة لعضوية بعض المجالس المحلية . ومن أمثلة ذلك ، ما كان يقضى به القانون الخاص من اشتراك الأجانب المقيمين فى مدينة الاسكندرية فى انتخابات وعضوية المجلس البلدي بها . **لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن انظر** : د. عمر السيد أحمد عبد الله ، المدخل لدراسة العلوم القانونية " النظرية العامة للحق" ،٢٠٠٤ ، فقرة ٢٨ ، ص ٥٦ .

[١٠] **انظر** : ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، فقرة ٢١ ، ص ٤٠ .

- تتقرر الحقوق السياسية لجميع الأفراد القاطنين فى الدولة بـصفة أصـلية ، ولكنها قد تمنح فى بعض الحالات الاستثنائية للاجنبى مثل حقه فـى تـولى الوظائف العامة [١١].
- أن الحقوق السياسية أقرب إلى الواجب الوطنى منه إلى الحق ، حيث يفرض القانون على المواطن أن يقوم به وإلا تعرض للعقوبة[١٢] .

المبحث الثانى : الحقوق المدنية

Droits civils

التعريف بها وأنواعها :

وهي الحقوق التى تثبت للفرد خارج النطاق السياسي، ويستوي في ذلك أن يكون وطنياً أو أجنبياً . وبهذا المعنى الأخير تثبت الحقوق المدنية لجميع الأفراد ، بغض النظر عن جنسيتهم ؛ ذلك أن هـذه الحقـوق هـى حقـوق لازمة لمباشرة الفرد نشاطه العادى ولا يستطيع الفرد الاستغناء عن مزاولـة هذه الحقوق [١٣] .

ومن أمثلة هذه الحقوق ، الحق فى الحياة وحريـة التعاقـد . وتنقـسم الحقوق المدنية بدورها إلى نوعين : الحقوق العامـة والحقـوق الخاصـة . نتعرض إلى كل منها فى مطلب مستقل .

---

[١١] **انظر** : ا.د سهير منتصر ، المدخل إلى القانون ، ص ٢٢٠ .
[١٢] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٩ .
[١٣] **انظر** : ا.د حمدي عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، نظرية الحق " مقدمة القانون المدنى الحقوق والمراكز القانونية ، مطبعة الاسراء ، ص ٤٨ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص ٢٧٠ ؛ ا.د سهير منتصر ، مرجع سابق ، ص ٢٢٠ ، انظر : د. عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، فقرة ٢٩ ، ص ٥٧ ؛

المطلب الأول : **الحقوق العامة**

Droits publics

أولاً : ماهية الحقوق العامة :

هى الحقوق التى تتقرر للشخص بصفته إنساناً ، ولذلك يطلــق عليهــا الحقوق اللصيقة بالشخصية أو الحقوق الشخصية[١٤] .

ويعتبر القانون هو المصدر المباشر لهذه الحقوق ؛ ومن أمثلــة هــذه الحقوق ، حقوق الفرد فى سلامة كيانه المادى " جسده " ، فلا يجوز الاعتداء على حياة الإنسان أو على جسمه ، وقد كفل القانون المدنى وقانون العقوبات الوسائل والجزاءات التى تكفل لكل إنسان الدفاع عن كيانه المادى [١٥].

كما تشمل هذه الطائفة من الحقوق ، حق الشخص فــى حمايــة كيانــه الأدبي أو المعنوي " كالشرف والاعتبار والخصوصية والفكر والعقيدة والعمل والانتقال والاسم والصورة والإنتاج الذهني "[١٦] .

ولا يقتصر الامر على ذلك فقط ، بل تشمل أيضاً كافة الحقــوق التــى تُمكن الشخص من مزاولة نشاطه المدنى داخــل الجماعــة مثــل الحريــات الشخصية كحرية التنقل والتملك وحرمة المسكن ، وحرية الإقامة ، والتنقل ، والعمل ، والزواج ، وغيرها من الحريات[١٧] .

---

[١٤] وهذا المصطلح يعنى بالفرنسية :

Droit de la personnalité

[١٥] **انظر** : ا.د محمد نصر الدين منصور ، المدخل للقانون " النظرية العامة فى الحقوق " ، ج ١ ، مطبعة الرسالة ، الشرقية ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٨٣ . ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص ٢٧٠ .

[١٦] **انظر** : ا.د حمدي عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص ٤٩ .

[١٧] **انظر** : . ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص٢٧١ .

وقد صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان [18]، الذى أقرتـــه الجمعيـــة العامة للأمم المتحدة ، مما يؤكد أهمية هذه الحقوق الأساسية للإنسان ، وحثاً للدول للمحافظة عليها ، وعدم النيل منها [19].

ثانياً : **خصائص الحقوق العامة " الحقوق اللصيقة بالشخصية** " :

تتميز الحقوق العامة على أساس ارتباطها الوثيق بشخصية الإنسان بعدة خصائص نجملها فيما يلى :

١- عدم قابلية الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية للسقوط أو الاكتساب بالتقادم :

فهذه الحقوق لا تسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن ، فحق الإنـــسان على اسمه لا يسقط بعدم الاستعمال ، كما أن مرور فترة من الزمن لا يكسب الشخص حقاً من هذه الحقوق قبل الغير [20]. لأن هذه الحقوق لا يرد عليهـــا التقادم سواء تعلق الامر بالتقادم المكسب أو المسقط[21] .

وتطبيقاً لذلك ، فإذا ظل النتاج الذهني منسوباً لغير مؤلفه الحقيقى لمدة طويلة ، فإن ذلك لا يكسب الغير حقاً على المؤلف الذى لا يخصه بالفعل [22].

---

[18] حيث نصت المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن " لكل فرد التمتع بهذه الحقوق والحريات ، بصرف النظر عن الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو الرأى السياسي أو الأصل الاجتماعى أو الوطن أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر ودون أي تفرقة بين الرجال والنساء " .

[19] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، بند٢٨٤ ، ص ٤٥٦ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، النظرية العامة للحق ، ص ١٢ ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجي ، مبادئ القانون ، ١٩٩٤ ، ص ٢٠١ .

[20] **انظر** : د. عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، فقرة ٣٧، ص٧٥ .

[21] **انظر** : ا.د محمد على عمران ، ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مبادىء العلوم القانونية ، ص ١٢٨ ؛ ا.د مصطفى محمد الجمال ؛ د. عبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، ١٩٨٧ ، ص ٢٧٨ .

[22] **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٧.

٢- عدم قابلية الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية للتنازل عنها أو التصرف فيها :

الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية هى حقوق مفروضة على الإنسان ، فلا يجوز للشخص التنازل عنها أو التصرف فيها ، فهـى تخـرج عن دائرة التعامل[٢٣] .

فلا يجوز للمريض أن يتفق مع طبيب على إزهاق روحه للتخلص من مرض لا يرجى شفاؤه ، ولا يجوز إجبار شخص على أن يبيع جـزءاً مـن جسمه أو عضو من أعضائه ، ولا يجوز للـشخص النـزول عـن حريتـه الشخصية " المادة ٤٩ مدنى " ، بأن يتنازل مثلاً عن حرية السكن أو الانتقال ، أو العمل ، أو الزواج ، أو غير ذلك من الحقوق اللصيقة بالشخصية[٢٤] .

وإذا كان الأصل أن حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التـصرف ، إلا أنه خروجاً على ذلك ، يجوز التعامل فى مثل هذه الحقـوق ، مادامـت محققة لأغراض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب ، ومـن أمثلة ذلك ، ترخيص الشخص فى استعمال الغير لاسمه كاسم مستعار أدبي ، أو أذن الشخص لكاتب أو روائي فى اطلاق اسمه علـى بعـض أشـخاص رواياته أو مسرحياته ، أو أذن الشخص فى استعمال اسمه كاسم تجارى[٢٥] .

٣- الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية حقوق غير مالية

الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تقوم بمال ، فهى حقوق غير مالية ، ولكن الاعتداء على هذه الحقوق ينشيء للمعتـدى عليـه حقـاً فـى

[٢٣] **انظر** : ا.د رمضان أبو السعود ، المدخل إلى القانون ، الدار الجامعية ، ١٩٨٦ ، ص ٣٩٦ .
[٢٤] **انظر** : . ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص٢٧٢ .
[٢٥] **انظر** : د. عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، فقرة ٣٧، ص٧٣ .

التعويض ، وينشأ الحق فى التعويض سواء أكان الضرر الناشئ عن الاعتداء مادياً أو أدبياً ؛ لأن التعويض يشمل الضرر الأدبي[26] .

٤- الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تنتقل بالإرث :

ترتبط الحقوق العامة بالإنسان ، بحيث تنقضي بموته ، وانقضاء شخصيته ، فلا تنتقل من بعد موته بالميراث إلى ورثته [27].

فالورثة لا يستطيعون مباشرة الدعاوى الخاصة بهذه الحقوق ويستثنى من ذلك ، إذا كان الحق فى التعويض أساسة الضرر الأدبي الذى أصاب الشخص فى سمعته كالسب أو القذف ، فإن هذا الحق ينتقل إلى الورثة إذا كان قد تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به المعتدى أمام القضاء [28].

أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية ، فلا ينتقل الحق فى التعويض إلى أحد ، فإذا توفى المضرور قبل حصول الاتفاق أو المطالبة القضائية ، فإن الحق فى التعويض لا ينتقل إلى ورثته ، بل يزول الحق بموته [29].

[26] **انظر** : د. ياسين محمد يحيى ، النظرية العامة للحق ، دار النهضة العربية ، ط ٦ ، ١٩٩٠ ، ص ٩٤ .
[27] **انظر** : د. عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص٧٣ .
[28] حيث نصت المادة ٢٢٢ من القانون المدنى على أن ١- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة ، أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب به الدائن أمام القضاء .
٢- ومع ذلك ، لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من آلم من جراء موت المصاب ".
[29] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، بند٢٨٦ ، ص ٤٥٨ .

المطلب الثانى
الحقوق الخاصة

الحقوق الخاصة هى تلك التى تقررها فروع القانون الخاص للشخص مثل القانون المدنى أو التجاري أو قانون الأحوال الشخصية أو هى التـــى لا تثبت إلا لمن توافر فيه بمقتضى القانون سبباً لكسبها ، كحق الملكيـــة وحـــق الشخص فى أن يطلق زوجته [٣٠]. وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية .

أولاً : حقوق الأسرة

هي الحقوق التي تثبت للشخص بصفته عضواً في أسرة معينـــة علـــى أساس قرابة النسب أو المصاهرة ، فمعيار التمييز فيها هو معيار العائلـــة أو الأسرة ، ومثال ذلك ، حق الزوج في الطاعة، وتأديـــب الزوجـــة والأولاد، وحق الزوجة على زوجها في الإنفاق عليها ، وحقوق الابن على أبيـــه فـــى النفقة ، والحق فى الإرث ، وهذه الحقوق مقررة لصالح الأسرة والـــشخص معاً لذلك كانت حقاً وواجباً .

خصائص حقوق الأسرة :

١- يغلب على حقوق الأسرة أنها حقوق غير مالية والقليل منها هو حقوق مالية كالحق في النفقة والحق في الإرث و سواء بالنسبة إلى هذه الطائفة أو تلك ، فإن الحقوق الأسرية جميعها تتميز بأن لها طابع أدبي يرجع إلى رابطة القرابة التي تجمع بين أعضاء الأسرة.

[٣٠] انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٢٦ .

٢- تتميز حقوق الأسرة بأن لها طابع خاص ؛ حيث أنها لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصلحة شخصية لهم ولكنها تمنح لتحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة باعتبارها الخلية الأساسية للبنيان الاجتماعى ، فللأب مصلحة أدبية فى تربية أبنائه ، وحقه فى تأديبهم لم يتقرر لمصلحته الشخصية ، بل لمصلحة الأبناء أنفسهم [٣١].

ثانياً : الحقوق المالية :

وهى الحقوق التى يكون محلها قابلاً للتقويم بالنقود ، وقد يـــرد علـــى شىء معين فيسمى حينئذ حقاً عينياً ومثاله حق الملكية الذى يكون محله منزلاً معيناً ، كما قد ترد هذه الحقوق على عمل أو امتناع عن عمل يلتزم به أحـــد أطراف العلاقة القانونية فى مواجهة الآخر ، فينشأ ما يسمى بالحق الشخصى ، وقد ترد هذه الحقوق على نتاج ذهن الإنسان وفكره ، فينـــشأ مـــا يـــسمى بالحقوق الذهنية أو المعنوية .

وسنقوم بتقسيم الدراسة فى مجال الحقوق المالية إلى ثلاثة فروع ، حيث نتعرض فى الفرع الأول إلى الحقوق العينية ، ثم نتعرض فى الفرع الثـــانى إلى الحقوق الشخصية ، أما الفرع الثالث فسنخصصه للحقـــوق الذهنيـــة أو المعنوية .

[٣١] **انظر**: ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٤ ؛ د. عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص٧٨ .

الفرع الأول : الحقوق العينية

Les droits réels

تعريف الحق العينى :

الحق العينى هو سلطة مباشرة لشخص علـــى شـــيء مـــادى يـــستطيع بمقتضاها صاحب الحق من استعمال حقه مباشرة ، دون حاجة إلى وســـاطة شخص آخر بين صاحب الحق والشيء محل الحق .

" فمالك المنزل مثلاً يستطيع أن يستعمله بنفـــسه ، أو أن يـــؤجره أو أن يرهنه أو أن يتصرف فيه بكافة التصرفات القانونية دون توقف ذلـــك علـــى تدخل شخص آخر[٣٢] ".

وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين : حقوق عينية أصلية وهـــى تقـــوم مستقلة بذاتها وليست ضماناً لحق آخر وحقوق عينية تبعية لا تنـــشأ مـــستقلة وإنما تستند إلى حق شخصي " علاقة دائنية بين شخصين " وتقـــوم ضـــماناً للوفاء به .

أولاً : الحقوق العينية الأصلية ***les droits réels principaux***

هي حقوق تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من اســـتعماله و استغلاله والتصرف فيه وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات أو بعضها وفقاً لنوع الحق العيني الأصلي .

فإذا تجمعت هذه السلطات معاً فى يد صاحب الحق ، يسمى الحق " حق ملكية " ، وحيث تتجزأ أو تتوزع هذه السلطات ، تتفرع عن حـــق الملكيـــة

---

[٣٢] انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٣٣ .

حقوقاً أخرى تعتبر إقتطاعاً منه وهى حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق [33] .

١ - حق الملكية le droit de propriété **سلطات المالك** :

يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق من حيث السلطات التى يمنحها ، حيث أنه يخوّل صاحبه مكنه استعمال الشىء واستغلاله والتصرف فيه " المادة ٨٠٢

. ولكن ما هو المقصود بكل من الاستعمال والاستغلال والتصرف ؟

أما عن **الاستعمال** فهو الإفادة من الشىء بطريقة مباشرة بغير الحصول على ثماره ، فإذا كان الشىء الذى يرد عليه حق الملكية منزلاً كان استعماله سكناً ، وإذا كان أرضاً زراعية ، فإن استعمالها يتحقق عن طريق زراعتها ، وإذا كانت سيارة ، فإن استعمالها يكون بقيادتها .

أما عن **الاستغلال** فهو الإفادة من الشىء بطريقة غير مباشرة عن طريق الحصول على ثماره ، فإذا كان الشىء الذى يرد عليه حق الملكية منزلاً ، فإن استغلاله يكون عن طريق تأجيره والحصول على ثمار ما يتولد عن الشىء بصفة دورية ومتجددة دون المساس بأصل الشىء نفسه[34] .

وقد تكون هذه الثمار طبيعية ، وهى التى تنتج عن الشىء دون تدخل من الإنسان ، كالكلاء فى الأرض ، وصوف الأغنام ، ونتاج الحيوان والمواشي ، وإلى جانب ذلك هناك ثمار مدنية " قانونية " وهى عبارة عن ما يغله الشىء من ريع فى مقابل الانتفاع به ومثالها أجرة المبانى أو الأراضى الزراعية [35].

---

[33] **انظر** : د. عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٨٥ .
[34] **انظر** : ا.د محمد على عمران ، ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مبادىء العلوم القانونية ، ص١٢٩ .
[35] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٣٧ .

أما عن **التصرف** ، فقد يكون التصرف مادياً أو قانونياً ، **فالأول** يعنى القيام بأي عمل مادى يؤدى إلى القضاء على مادة الشىء عن طريق استهلاكه أو إتلافه أو تغيير شكله أو تحويله إلى شىء آخر ، كشق طريق فى أرض زراعية ، أو هدم بناء قائم أو تحويل الدقيق إلى خبز أو القمح إلى دقيق[٣٦] .

أما **الثانى** : يعنى تنازل المالك عن ملكيته للغير أو بتقرير حق عينى على الشىء سواء كان حقاً عينياً أصلياً أو تبعياً [٣٧].

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

١ - حق الانتفاع

وهو حق يتقرر للمنتفع على ملك الغير ، يخول له استعمال الشىء واستغلاله فقط دون التصرف فيه ، إذ يبقى للمالك سلطة التصرف فى أصل الشىء ، ويطلق عليه فى هذه الحالة " مالك الرقبة " [٣٨] .

ويتضح مما سبق ، أن للمنتفع أن يستعمل الشىء محل الحق فيما أعد له بطبيعته ، فإذا كان منزلاً سكنه ، وإذا كانت أرضاً زرعها .

هذا ، وينقضي حق الانتفاع بوفاة صاحبه ، إلا إذا كانت قد حددت له مدة ، فإنه ينتهي بانتهائها ولو كان المنتفع لا يزال حياً ، كما أنه ينتهي بداهة بهلاك الشىء الذى يرد عليه ، وبعدم الاستعمال مدة ١٥ سنة " سقوط الحق بالتقادم "، وبترك المنتفع حقه [٣٩].

---

[٣٦] __انظر__ : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٢٩ ؛ د. عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص٨٧ ، ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ٥٢ .

[٣٧] __انظر__ : ا.د حسام كامل الأهوانى ، مقدمة القانون المدنى " نظرية الحق " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص ٢٨٨ .

[٣٨] __انظر__ : ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص٢٧٧ .

[٣٩] __انظر__ : ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص٥٧ .

٢ - حق الاستعمال وحق السكنى

حق الاستعمال هو حق عينى يتقرر للشخص على ملك الغير ويخوله استعمال الشىء فيما اعد له هذا الشىء دون استغلاله أو التصرف فيه ، فإذا تقرر لشخص حق الاستعمال على ارض زراعية مثلاً كان له أن يزرعها بنفسه ، بحيث لا يمكن تأجيرها للغير، ومن ثم فهو أضيق نطاقاً من حق الانتفاع الذى يعطى صاحبه مكنة استعمال واستغلال الشىء [٤٠].

أما حق السكنى فهو حق يخول صاحبه حق استعمال عين مملوكة للغير على نحو معين هو السكن ، بحيث يمتنع على الشخص أن يستعمل المنزل لأي غرض آخر غير السكن فيه ، فليس له أن يفتح فيه متجراً مثلاً أو أن يستغل هذا المنزل بتأجيره إلى الغير [٤١].

٣ - حق الحكر

هو الحق الذى يخول لصاحبه البناء أو الغراس فى أرض مقابل أجرة المثل لمدة أقصاها ٦٠ سنة ، فهو صورة للإيجار طويل الأمد الذى يهدف إلى إعمار العقار أو الأرض خشية التلف من جراء عدم الاستغلال ، ولا يتقرر ذلك الحق إلا على الأراضى الموقوفة .

ويتملك المحتكر ما يحدثه على الأرض من بناء أو غراس أو غيره ملكاً تاماً ، ولقد أجاز القانون إنهاء الحكر بقرار من وزير الأوقاف إذا اقتضت المصلحة ذلك ، على أن يتم الانتهاء من جميع الأحكار خلال مدة لا تزيد على خمس سنين من تاريخ العمل بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٦٠[٤٢] .

---

[٤٠] انظر : ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص٥٧ .
[٤١] انظر : د. عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص٨٧
[٤٢] انظر : د . جلال على العدوى ؛ د . رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ١٩٠ .

٤ - **حقوق الارتفاق**

ولقد عرفته المادة ١٠١٥ من التقنين المدنى بأنه "حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره يملكه شخص آخر " ويسمى العقار المثقل بحق الارتفاق بالعقار الخادم والعقار الذى تقرر الحق لمصلحته بالعقار المخدوم [٤٣]. مثل حق الارتفاق بالمرور الذي يتقرر لمصلحة العقار المحبوس عن الطريق العام على العقارات المجاورة المتصلة بهذا الطريق بما يمكن مالك العقار المحبوس من الوصول الى الطريق العام.

وحتى نكون بصدد ارتفاق لابد من توافر أربعة شروط أساسية هي:

١– أن يوجد عقاران احدهما يسمى العقار الخادم وهو الذي يتقرر التكليف عليه والآخر هو العقار المخدوم المقرر له الارتفاق.

٢ - أن يكون العقاران مملوكين لشخصين مختلفين، حيث لا يرد حق الارتفاق إلا على ملك الغير.

٣ - أن يكون التكليف على العقار لا على الشخص المالك.

٤ - أن تكون المنفعة لخدمة العقار وليس لخدمة مالكه.

وتتميز حقوق الارتفاق بأنها غير مؤقتة ، فهى كقاعدة عامة تبقى ما بقى العقار الخادم والعقار المخدوم [٤٤].

ثانياً : **الحقوق العينية التبعية** ***le droits réels accessoires***

وهى حقوق لا تقوم مستقلة بذاتها ، وإنما تنشأ ضماناً للوفاء بحق من الحقوق الشخصية ، وللدائن بحسب الأصل ضمان عام يرد على جميع أموال مدينه ،

[٤٣] انظر : ا.د محمد على عمران ، ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مبادىء العلوم القانونية ، ص١٣٣ .
[٤٤] انظر : ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٢٨٩ .

وإذا لم يكن الضمان العام كافياً للوفاء بالدين ، فللدائن أن يحصل من مدينه على ضمان خاص ، وقد يكون هذا الضمان الخاص شخصياً وقد يكون عينياً ، فإذا كان شخصياً نشأ ما يسمى بالكفالة الشخصية ، بحيث يضم المدين إليه كفيلاً يضمنه فى مواجهة الدائن عند عدم الوفاء ، ولا يكون للدائن أن يرجع على الكفيل إلا بعد تجريد المدين ، وأما إذا كان الضمان عينياً نشأ ما يسمى بالحقوق العينية التبعية ، ويعطى الحق العيني التبعى لصاحبه الحق فى تتبع الشيء الضامن والتنفيذ عليه فى أى يد يكون ، كما أنه يعطى صاحبه أيضاً الحق فى التقدم على غيره من الدائنين العاديين أو حتى على غيره من الدائنين ذوى الضمان الخاص التاليين له فى المرتبة [٤٥].

أولاً : الرهن الرسمى

حيث عرفت المادة ١٠٣٠ من القانون المدنى المصرى الرهن الرسمي بقولها أن " الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً ، يكون له بمقتضاه ، أن يتقدم على الدائنين العاديين ، والدائنين التاليين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أي يد يكون ".

ويتضح من هذا التعريف أن الرهن الرسمي ينشأ بمقتضى اتفاق بين الدائن والمدين بناء على عقد رسمي لصالح الدائن ، وضماناً للوفاء بدينه ، حقاً عينياً على عقار ، فلا يرد تبعاً لذلك على منقول ، دون حاجة لتخلى الراهن عن حيازة العقار المثقل بالضمان ، وهو يمنح الدائن بعض السلطات على العقار المرهون ، يستوفى بمقتضاها الدين من ثمنه ؛ حيث يكون له

[٤٥] **انظر :** ا.د محمد على عمران ، ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٣٤ .

سلطة التتبع أي أن يقوم باستيفاء حقه فى مواجهة من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون ، وكذلك سلطة التقدم بمقتضاه يتقدم الدائن على الدائنين العـاديين، والدائنين المرتهنين التاليين له فى المرتبة فى استيفاء حقه مـن ثمـن ذلـك العقار [٤٦] .

والرهن الرسمي لا يترتب عليه انتقال حيازة العقار المرهون إلى الدائن فالراهن يظل محتفظاً بحيازة العقار المرهون رهناً رسمياً والانتفاع به كمـا يشاء ، فيقبض غلته ويتصرف فيها ، كما أن ملكية العقار باقية له ويـستطيع التصرف فيه وترتيب حقوق عينية عليه ؛ بشرط عدم الاضرار بحق الـدائن المرتهن ، الذى يكون له عند عدم الوفاء بالدين أن يتتبع العقار فـى أى يـد يكون وأن ينفذ عليه[٤٧] .

ثانياً : الرهن الحيازى

حيث تناول المشرع المصرى تعريف الرهن الحيازى فى المادة ١٠٩٦ التى تنص على أن " الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن أو إلى اجنبى يعينه المتعاقـدان ، شـيئاً يترتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الـدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقـه من ثمن هذا الشيء فى أي يد يكون ".

ويختلف الرهن الحيازى عن الرهن الرسمي فى أنه لا يقتـصر علـى العقار بل يجوز أن يكون محله منقولاً أو عقاراً [٤٨]، كما أن الرهن الحيـازى

---

[٤٦] **انظر :** ا.د نعمان محمد خليل جمعة ، المدخل للعلوم القانونية ، ص ٣٥٤ .
[٤٧] **انظر :** ا.د حمدي عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص ١٠٤ .
[٤٨] وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠٩٧ مدنى على أن " لا يكون محلاً للرهن الحيازى إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى من عقار ومنقول ".

مقارنة بالرهن الرسمي ، يخول الدائن المرتهن سلطة حيازة الشيء المرهون وحبسه أي الامتناع عن رده إلى حين استيفاء الدين ، وعليه واجب إدارته واستغلاله والمحافظة عليه ورده عند انتهاء الرهن [٤٩] ، وفيما عدا هذه الاختلافات يشترط فى محل الرهن الحيازى ما يشترط فى محل الرهن الرسمي ، أى أن يكون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وأن يكون معيناً ومملوكاً للراهن[٥٠] .

ثالثاً : حق الاختصاص

حيث عرفت المادة ١٠٨٥ من القانون المدنى المصرى حق الاختصاص بقولها أنه " يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل ، متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة " .

يتضح من التعريف السابق ، أن حق الاختصاص هو حق عينى تبعى يثبت للدائن بأمر من القضاء على عقار معين أو أكثر من عقارات مدينه ، بناء على حكم واجب التنفيذ بالزام المدين بالدين ، ويكون للدائن بموجب هذا الحكم أن يستوفى دينه من المقابل النقدي لهذا العقار ، أو العقارات ، فى أي يد يكون [٥١] .

---

[٤٩] **انظر** : ا.د حسام الأهوانى ، مرجع سابق ، بند ٥٥٦ ، ص ٦٥٧ ؛ ا.د محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، بند ١٣٠ ، ص ٢٠٧ .

[٥٠] **انظر** : ا.د سليمان مرقس ، مرجع سابق ، بند ٢٣٣ ، ص ٣٣٣ .

[٥١] **لمزيد من التفاصيل حول تعريف حق الاختصاص انظر** : ا.د محمد كامل مرسى ، التأمينات الشخصية والعينية ، ط ٢ ،١٩٣٠ ، بند ٤٢٧، ص ٤١٨ ؛ ا.د سليمان مرقس ، مرجع سابق ، بند ١٩٤، ص ٢٧٥ ؛ ا.د محمد على إمام ، مرجع سابق ، بند ٢٩١ ، ص ٤١٤ ؛ ا.د حسام الأهوانى ، مرجع سابق ، بند ٦٣٢ ، ص ٧١١ ؛ ا.د محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، بند ١٠١ ، ص ١٧٩ ؛ ا.د طلبة وهبة خطاب ، مرجع سابق ، ص ٢٩٧ .

وحق الاختصاص يتفق مع الرهن الرسمي فى أثره ، ولكنه يختلف عنه من حيث نشوءه ، فى أنه لا يتقرر باتفاق بين الطرفين ، بل يتقرر بناء على حكم واجب التنفيذ بالزام المدين بالدين[٥٢] .

رابعاً : حق الامتياز

يعرف المشرع المصرى حق الامتياز فى المادة ١١٣٠ فقرة أولى التى تقرر أن " الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ".

كما يعرفه البعض بأنه " سلطة يقررها القانون للدائن مراعاة لصفة حقه تخوله أن يستوفى هذا الحق من مال معين أو من مجموع أموال مدينه بالأولوية على سائر الدائنين "[٥٣].

ويتضح من هذا التعريف ،أن الامتياز لا يتقرر إلا بناء على نص القانون ، وإذا لم يوجد نص يقرر الامتياز ، فإنه يمتنع على القاضى أن يعطى صفة الامتياز لدين معين مهما كانت طبيعته ، كذلك لا ينشأ الامتياز بناء على الاتفاق ، فحقوق الامتياز من النظام العام ، ولا يملك المدين باتفاقه مع الدائن أن يسبغ على دين هذا الأخير صفة الامتياز بغير نص فى القانون[٥٤] .

وتطبيقاً لذلك ، قضت محكمة النقض المصرية بأنه ، إذا باع شخص عقاراً واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بجزء منه بصفته مستأجراً ، فإن الاتفاق على اعتبار حق المستأجر حقاً ممتازاً غير ذي أثر ؛ لأن الامتياز لا يقوم إلا بناء على نص قانونى[٥٥] .

---

[٥٢] **انظر :** ا.د سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص ٢٧٥ .
[٥٣] **انظر :** ا.د محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، بند ٢٠٦ ، ص ٢٨١ ؛ ا.د سليمان مرقس ، مرجع سابق ، بند ٣٢٦ ، ص ٤٦٨.
[٥٤] **انظر :** ا.د محمد على إمام ، مرجع سابق ، بند ٤١٢ ، ص ٥٦٣ .
[٥٥] نقض مدنى جلسة ١٩٥٥/٥/٥ ، مجموعة أحكام النقض المدنى ، س٦ ، ص ١١٠٩ .

هذا وتنقسم حقوق الامتياز إلى ثلاثة أنواع حسب الشىء الذى تقع عليه :

(١) **الامتيازات العامة** ، وهى التى ترد على جميع أموال المدين من منقــول وعقار ، ومثاله امتياز الحكومة بالنسبة لبعض الضرائب ، والامتياز المقرر لأجرة الخدم والكتبة والعمال ، والامتياز المقرر لضمان دين النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه.

(٢) **الامتيازات الخاصة على المنقــول** ، وهى التى تقع على منقول معــين بالذات ، كامتياز بائع المنقول ومؤجر العقار على منقولات المــستأجر مــن مفروشات وغيره ضماناً للأجرة .

(٣) **الامتيازات الخاصة على العقار** ، وهى التى تقع على عقار معين مــن عقارات المدين ، كامتياز بــائع العقــار وامتيــاز المقــاولين والمهندســين المعماريين ضماناً لحقهم بالنسبة للباقى من أجرهم وهذه الحقــوق لا يمكــن الاحتجاج بها فى مواجهة الغير إلا إذا قيدت ، وتحسب لها مرتبتها من تاريخ قيدها [٥٦].

[٥٦] **انظر :** ا.د عمر السيد أحمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ١٢٤ .

الفرع الثانى
الحقوق الشخصية

Droit personnels

أولاً : **تعريف الحق الشخصي**

هو رابطة قانونية بين شخصين تخول أحدهما ، وهو الدائن أن يطالب المدين بأداء معين لمصلحته ، هذا الأداء قد يكون قيام بعمل أو امتناع عن عمل أو اعطاء شيء .

فعقد الإيجار مثلاً ينشيء حقوقاً شخصية لكل من المؤجر والمستأجر ، فهو ينشيء للمستأجر حقاً قبل المؤجر محله عمل معين هو تمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ، كذلك يكون للمؤجر قبل المستأجر حق شخصي محله عمل معين هو أن يقوم المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها ، كما قد يكون التزام المدين التزاماً بالامتناع عن عمل ، كما إذا اتفق تاجر مع آخر على ألا يمارس تجارة معينة فى منطقة معينة لمدة معلومة ، ففى هذه الحالة ، ينشأ للتاجر الأول قبل الثانى حق شخصي محله الامتناع عن عمل شيء [٥٧].

ثانياً : **أنواع الحقوق الشخصية** :

تتنوع الحقوق الشخصية بتنوع الأداء الذى يلتزم به المدين تجاه الدائن ، فهو قد يكون التزام بعمل ، أو التزاماً بامتناع عن عمل ، أو التزام باعطاء ، وسوف نتعرض لكل حالة من هذه الحالات فيما يلى :

---

[٥٧] **انظر :** ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٣١ .

١– الالتزام بعمل : obligation de faire

وهو الالتزام الذى يتعهد فيه المدين بأن يقوم بعمل ايجـــابى لمــصلحة الدائن ، كالتزام المقاول ببناء منزل لشخص معين ، وكالتزام الممثل بالتمثيل فى رواية معينة بمقتضى اتفاق بينه وبين مدير المسرح ، وكالتزام المطرب بالغناء ، وكالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المــستأجر ، وكـــالتزام المحامى بالدفاع فى قضية معينه [٥٨].

٢– الالتزام بالامتناع عن عمل obligation de ne pas faire

وهو الالتزام الذى يتعهد فيه المدين بالامتناع عن فعل شىء كان لـــه أن يقوم به لولا تعهده بالامتناع عنه . مثال ذلك ، امتناع الممثل عن التمثيل لدى صاحب مسرح آخر ، إذا كان هناك اتفاق بينه وبين صاحب المسرح الـــذى يقوم بالتمثيل فيه يمنع من ذلك ، وكالتزام العامل بعدم العمل لـــدى صـــاحب عمل آخر ، والتزام بائع المحل التجارى بعدم فتح محل آخر فى مكان قريب من المحل الذى باعه [٥٩].

---

[٥٨] انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٣١ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٢٥ ؛ : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٤٨٨ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى صادق ، مرجع سابق ، ص٢٨٤ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٣٦ ؛ ا.د محمد شكرى سرور، مرجع سابق ، ص ٦٧ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٦٠ ؛ د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٣٣٦ ؛ ا.د عمر السيد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ١٣٦ .

[٥٩] انظر : ا.د عمر السيد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ١٣٧ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٣٢ ؛ ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٤٨٨ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى صادق ، مرجع سابق ، ص٢٨٤ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٣٦ ؛ ا.د محمد شكرى سرور، مرجع سابق ، ص ٦٧ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٦٠ ؛ د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٣٣٦ ؛ ا.د حسام الاهوانى ، مرجع سابق ، ص ٢٩٢ .

٣- الالتزام باعطاء obligation de donner

والمقصود باعطاء شيء هنا ليس تسليم شيء وإنما المقصود هو الالتزام بنقل أو تقرير حق عينى ، كالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشترى ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة ، فمحل الالتزام فى هذه الحالة هو نقل ملكية شيء ما إلى الدائن ، ومتى انتقلت الملكية انقضى الحق الشخصى ، ليحل محله حق عينى هو حق الملكية[٦٠] .

[٦٠] **انظر :** ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى صادق ، مرجع سابق ، ص٢٨٥ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٦١ .

الفرع الثالث

الحقوق الذهنية

Le droit intellectuels

الحقوق الذهنية هى سلطات يقررها القانون لشخص على شىء معنوى غير محسوس هو نتاج فكره وخياله ، فيكون لصاحب الحق الذهني الاستئثار بما يرد عليه حقه ، بحيث ينسب إليه وحده ، ويكون له احتكار استغلاله مالياً . وتتنوع الحقوق الذهنية ، فيتعلق بعضها بالملكية الصناعية أو الملكية الأدبية والفنية ، وحق المؤلف يعنى كل إنتاج ذهني أياً كان نوعه ووسيلة التعبير عنه[٦١] . ومن هذا المنطلق ، فاننا سوف نتعرض فى الغصن الأول إلى دراسة الحق الأدبى للمؤلف ، ثم نتبعه فى الغصن الثانى بالحق المالى للمؤلف .

[٦١] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٤٠ ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مبادىء القانون ، ط٤ ، ١٩٩٤ ، ص ٢٤٨ .

الغصن الأول

الحق الادبى للمؤلف

أولاً : **مضمون الحق الادبى للمؤلف**

يمثل الحق الأدبي للمؤلف قيمة معنوية تعبر عن عقليته وأفكاره ، لذلك اعتبر الحق الذهني فى جانبه الأدبي من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان ؛ فكل مصنف من خلق الذهن البشرى يحمل بين طياته مجموعة من المميزات التى تميز شخصية وفكر مؤلفه[٦٢] .

فهذه الميزات التى تثبت للشخص ليست إلا العناصر المكونة لحقه الذى يرد على إنتاجه نفسه ، ويتضمن حق المؤلف من هذه الناحية الأدبية عدة سلطات تمكنه من حماية شخصيته التى يعبر عنها انتاجه الذهنى ، ولذلك يتضمن الحق الأدبى عدة سلطات ترمى جميعها إلى تمكين المؤلف من حماية شخصيته التى تجلت فى نتاج فكره [٦٣]. وهذه السلطات تتمثل فى :

١- سلطة المؤلف فى تقرير نشر مصنفه أو الامتناع عنه

يجعل القانون للمؤلف الحرية الكاملة فى تقرير نشر المؤلف أو الامتناع عنه ، فإذا رأى المؤلف أن فى فكرته أو اختراعه ما لا يصلح للنشر أو ما يمس سمعته الأدبية أو الفنية ، كما لو كان المصنف أصبح لا يساير التطورات الحديثة التى تحيط به فى الوقت الذى ينبغى فيه نشره[٦٤] ، فمثلاً قد

[٦٢] **انظر :** ا.د محمد على عمران ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ، المدخل لدراسة القانون ، ٢٠٠٠ ، ص ١٨٠ ؛ ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ ؛ ا.د حسام الدين كامل ، مرجع سابق ، ص ٣١٠ .

[٦٣] **انظر** : ا.د عمر السيد محمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٢١٤ ؛ ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص٢٢١ .

[٦٤] **انظر** : ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٤٦ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ٨٦ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص١١٧ ؛ د. عمر السيد احمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٢١٥ ؛ ا.د حسام الدين كامل ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ .

ينتهى الرسام من اللوحة ويستبقيها فى مخزنه ولا يستطيع أحد أن يجبره على بيعها أو عرضها فى معرض ، فالمصنف ينسب له ومن حقه أن يقرر عــدم نشره لعدم رضائه عنه أو لاعتقاده بضرورة تعديله [٦٥].

وإذا كان للمؤلف حق تقرير النشر أو الامتناع عنه ، فإن لــه الحريــة الكاملة فى اختيار طريقة النشر ، فمثلاً إذا كان المصنف بحثاً علمياً ، فلمؤلفه أن ينشره فى كتاب أو ينشره فى أحدى المجلات العلمية أو حتى فى الصحف اليومية ، كما يجوز له نشره بواسطة الإذاعة المسموعة أو المرئية[٦٦] .

٢- سلطة المؤلف فى أن ينسب إليه مصنفه

للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب إليه مصنفه ، فلابد للمصنف أن يحمل اسم مؤلفه ولا يحمل اسم غيره ؛ وهذا هو ما نصت عليه المادة التاسعة مــن قانون حماية حق المؤلف بقوله " للمؤلف وحده الحق فــى أن ينــسب إليــه مصنفه وفى أن يدفع اى اعتداء على هذا الحق " .

وينبنى على ذلك ، أنه لا يجوز أن ينسب المصنف إلى غير مؤلفــه ، ومن ينسب إلى نفسه مصنفاً لغيره يكون معتدياً على حق المؤلف الأصلي ، ويحق لهذا الأخير أن يدفع هذا الاعتداء [٦٧].

ولا يجوز للمؤلف أن يتنازل عن حقه فى نسبة المصنف إليه ، باعتباره حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، وكل تنازل عــن الحــق فــى نــسبة المصنف إلى مؤلفيه يعد باطلاً لمخالفته للنظام العام ، إذ أن صفة المؤلف لا يجوز النزول عنها أو نقلها أو التخلى عنها[٦٨] .

---

[٦٥] **انظر** : ا.د نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٣٨٠ .

[٦٦] **انظر** : د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص١١٧ .

[٦٧] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٨٠ .

[٦٨] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٢٢ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١١٩ ؛ ا.د عمر السيد محمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٢٢٠ .

٣- سلطة المؤلف فى تعديل مصنفه

للمؤلف وحده سلطة إدخال ما يراه من تعديلات أو تحوير فى مصنفه أو ترجمته وتحويله من لون لآخر " من قصة مكتوبة إلى حوار فيلم أو مسرحية مثلاً[٦٩] .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٧ من قانون حماية حق المؤلف ؛ حيث قررت أنه " للمؤلف وحده إدخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه .... ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك ..... إلا بأذن كتابى منه أو ممن يخلفه ".

٤- سلطة المؤلف فى سحب مصنفه من التداول

للمؤلف وحده الحق فى أن يسحب مصنفه من التداول بعد نشره حتى بعد تصرفه فى حق الاستغلال المالي للمصنف كأن يكون قد تعاقد مع ناشر ونقل إليه الحق المالي فى استغلال المصنف ، فقد يرى المؤلف أن مصنفه قد أصبح غير متلائم مع تطور فكره الأمر الذى قد يضر بسمعته ، أو أنه لم يعد ملائماً مع الأفكار السائدة فى المجتمع أو القيم المسلمة فيه ، فيسحب من التداول ما قد يكون باقياً من نسخه[٧٠].

ثانياً : خصائص الحق الادبى للمؤلف

يمتاز الحق الادبى للمؤلف باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية بمجموعة من الخصائص تشترك إلى حد كبير مع الخصائص العامة للحقوق اللصيقة بالشخصية .

[٦٩] انظر : ا.د نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٣٨١ .
[٧٠] انظر : ا.د جلال العدوى ؛د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٢٦ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ ؛ ا.د عمر السيد محمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٨١ .

١– عدم قابلية الحق الادبى للتصرف فيه

لما كان الحق الادبى من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، فإنه لا يجوز له أن يتصرف فيه إلى غيره بأي نوع من أنواع التصرفات القانونية كـــالبيع أو الهبه ، فلا يجوز مثلاً أن يتنازل شخص لآخر عن نسبة مصنفه إليـــه ، ولا عن حقه فى سحب مصنفه من التداول بعد النشر ، فإذا تم أى تصرف مـــن هذه التصرفات ، فإنه يكون باطلاً ؛ لأن حقوق المؤلف الأدبية غيـــر قابلـــة للتصرف فيها شأنها فى ذلك شأن الحقوق اللصيقة بالشخصية التـــى تتـــصل بشخص الإنسان [٧١] .

٢– الحق الادبى للمؤلف لا يسقط بالتقادم أو بعدم الاستعمال

يتميز الحق الادبى بصفة الدوام ، بمعنى أنه لا يـــسقط بالتقـــادم لعـــدم استعماله ، فإذا لم يستعمل المؤلف هذا الحق ، فإنه لا يسقط مهما طالت مدة عدم الاستعمال ؛ حيث يظل المصنف منشوراً لفترة طويلة ، بغير اســـم ، أو باسم مستعار ، أو باسم شخص آخر ، ويبقى حق المؤلف قائماً ، بدون قيـــد زمنى ، فى الكشف عن شخصيته ونسبة المصنف إليه وحـــده مهمـــا طـــال الأمد[٧٢] .

٣– الحق الادبى للمؤلف لا يجوز الحجز عليه

لا يجوز الحجز على الحق الادبى للمؤلف ، وإن كان من الممكن الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره ، فالذي يجوز الحجز عليه فى صدد حق المؤلف بصفة عامة هو حق الاستغلال المالي وليس الحق الادبى[٧٣] .

---

[٧١] **انظر :** المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون حماية حق المؤلف .

[٧٢] **انظر :** ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٢٥ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٤٨ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ٩٦ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٢٣ ؛ د. عمر السيد احمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٢٢٦ ؛ ا.د حسام الدين كامل ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ .

[٧٣] **انظر:** د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص١٢٣ .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٠ من القانون بأنه " لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، وانما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره ".

ويرجع السبب فى عدم جواز الحجز على الحق الأدبى للمؤلف إلى أن هذا الحق لا يدخل فى دائرة التعامل باعتباره من الحقوق غير المالية[٧٤] .

٤- انتقال الحق الأدبى للورثة

لا ينقضي الحق الأدبي بوفاة المؤلف ، بل ينتقل إلى ورثته بعد وفاته ؛ حيث اجاز المشرع للورثة مباشرة هذا الحق على أساس أن ورثة المؤلف هم امتداد لشخصه ، ويهمهم المحافظة على سمعة المؤلف الأدبية والفنية على الوجه الذى ارتضاه المؤلف نفسه قبل وفاته [٧٥]، **مع تقييد سلطة الورثة فى مباشرة الحق الأدبى بقيود ثلاثة** :

- للورثة السلطة الكاملة فى المحافظة على نسبة المصنف إلى مورثهم بدون حذف أو تغيير ، وأن يمنعوا أي اعتداء صادر من الغير على المصنف ، كما يثبت لهم الحق فى التعويض عما لحقهم من ضرر أدبي ناشئ عن الاعتداء [٧٦].
- لا ينتقل حق سحب المصنف إلى الورثة ، فهذا الحق يظل مقصوراً على المؤلف ، فمتى نشر المؤلف مصنفه ، فلا يجوز لورثته سحبه من التداول،

طالما أن المؤلف لم يوصى بذلك قبل وفاته ؛ حيث أن عدم ايصائه بذلك إنما يعنى أنه قد ارتضى بقاء مصنفه معروضاً على الجمهور[٧٧] .

---

[٧٤] **انظر :** د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص١٢٣ .
[٧٥] **انظر :** د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص١٢٤ ؛ ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٢٥ .
[٧٦] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٤٩ .
[٧٧] **انظر :** ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص٢٢٦ .

- أما الحق فى تقرير النشر ، فليس حقاً مطلقاً للورثة ، ولكن هذا الحق يرد عليه فى القانون المصرى قيد يقتضيه الصالح العام ؛ حيث اجاز القانون لوزير التربية والتعليم فى حالة عدم قيام الورثة أو من يخلف المؤلف بنشر المصنف ، أن يباشر النشر بعد استصدار أمر من رئيس المحكمة الابتدائية ومع تعويضهم تعويضاً عادلاً ؛ ويلاحظ أن سلطة النشر التى منحها القانون لوزير التربية والتعليم لا تباشر فى حالة إذا ما أوصى المؤلف بعدم نشر مصنفه ، كما أنها لا تباشر حال حياة المؤلف [٧٨].

[٧٨] انظر : ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص٢٢٧ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص١٢٥ .

الغصن الثانى

الحق المالى للمؤلف

أولاً : **مضمون الحق المالى للمؤلف**

تنص المادة ٢/٥ من قانون حماية حق المؤلف على أنه " للمؤلف وحده الحق فى استغلال مصنفه مالياً بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز لغيره مباشره هذا الحق دون إذن كتابي سابق منه أو ممن يخلفه ".

وطبقاً للمادة السادسة من القانون ، فإن حق المؤلف فى الاستغلال يتضمن :

١- نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة مباشرة وبأية صورة ، وخاصة بإحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية ، أو التوقيع الموسيقى ، أو التمثيل المسرحي ، أو العرض العلني ، أو الإذاعة اللاسلكية للكلام أو الصوت أو الصورة ، أو العرض بواسطة الفانوس السحري أو السينما ، أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت ، أو بواسطة لوحة التليفزيون بعد وضعها فى مكان عام .

٢- نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون فى متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة عامة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب فى قوالب أو التسجيل أو النسخ أو التثبيت على اسطوانات أو أشرطة مسموعة أو مرئية أو بأية طريقة أخرى .

ثانياً : **خصائص الحق المالى للمؤلف**

الحق المالي باعتباره حق من الحقوق المالية ، يخضع لما تخضع له هذه الحقوق من قواعد قانونية ، ولكن يتميز هذا الحق بعدة خصائص منها :

١– عدم قابلية حق الاستغلال المالى للحجز

تنص المادة ١٠ من قانون حماية حق المؤلف بأنه " لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، وإنما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشرة ، ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته ".

وطبقاً لهذا النص ، لا يجوز الحجز على حق الاستغلال المالي للمؤلف ؛ لأن الحجز يعنى إمكان بيع الحق بالمزاد العلني ؛ وهذا الحق لا قيمة له إلا إذا تم إلزام المؤلف بنشر مصنفه ، ولا يجوز هذا الإلزام ؛ لأن نشر المصنف أو عدم نشره يرتبط بالجانب الادبى لحق المؤلف ، أما الجانب المالي فلا يتأتى إلا باستغلال المصنف عن طريق نشره ، إذ أن الاستغلال المالي هو الذى يضفى على هذا الحق الصبغة المالية وتدخله في عداد الحقوق المالية ، فالنشر هو الفيصل بين الجانب الادبى والجانب المالي من حق المؤلف ، ولذلك إذا نشر المصنف أمكن الحجز على نسخ المصنف المنشورة فعلاً ؛ لأن الحجز هنا يقع على الجانب المالي للمؤلف ولا صلة له بحقه الادبى [٧٩].

وإذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه ، فلا يجوز الحجز على حق الاستغلال المالي تحت يد الورثة ، إلا إذا أثبت الحاجزون أن المؤلف قرر نشر مؤلفه قبل وفاته ؛ ولا يتضمن ذلك اعتداء على الحق الادبى

[٧٩] **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٥٢ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٣٩ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٣٢٩ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ ؛ د. جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٢٩ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٤٢ ؛ د. نعمان محمد جمعة ، مرجع سابق ، ص ٣٨٤ .

للمؤلف أو ورثته ، حيث يتمشى ذلك مع إرادة المؤلف التـــى اتجهـــت إلـــى ارتضاء نشر مصنفه[٨٠] .

وبالعكس ، فإنه يمتنع الحجز على حق الاستغلال المالي للمؤلف ، إذا لم يثبت الحاجزون أن المؤلف قرر نشر مصنفه قبل وفاته ؛ حيث ينتقـــل هـــذا الحق إلى الورثة ، ولا يجوز إجبارهم على نشر المصنف ؛ لأن ذلك يتضمن اعتداء على الحق الأدبى للورثة فى تقرير نشر المصنف من عدمه[٨١] .

٢- حق الاستغلال المالى حق مؤقت

الحق المالى للمؤلف هو حق مؤقت بطبيعته ؛ فلهذا الحق مدة معينـــة ، هى خمسين سنة من تاريخ وفاة المؤلف ، فيظل الحق المالي قائماً طوال حياة المؤلف ، وينتقل بعد ذلك إلى ورثته لمدة خمسين عاماً ، يبدأ سريانها اعتباراً من وقت وفاة المؤلف ، وينقضي بانقضائها حق الورثة فى احتكار اســـتغلال المصنف ، فيكون لمن يشاء بعد ذلك أن يقوم بهذا الاستغلال دون أن يلتـــزم بالاتفاق مع الورثة أو أن يدفع أي تعويض لهم[٨٢] .

والحكمة من توقيت الحق المالي هو أن المصنف بعد مضى مدة خمسين سنة على وفاة المؤلف ، فإنه يصبح جزءاً من الثروة الفكرية للمجتمـــع ، أي يصبح مشاعاً للجميع ، فيحق لأي شخص نشر المصنف دون حاجة إلى إذن

---

٨٠ **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٢٣ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٣٣١ ؛ د. جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٢٩ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٤٣ ؛ د. نعمان محمد جمعة ، مرجع سابق ، ص ٣٨٤ .

٨١ **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٥٢ .

٨٢ **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٢٨ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٥٣ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٠١ ؛ د. جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٣٠ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٣٨ ؛ د. نعمان محمد جمعة ، مرجع سابق ، ص ٣٨٥ ؛ ا. د احمد عبد الحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص ٣٠٥ .

الورثة ، فهم يكفيهم ما حصلوا عليه من مزايا مادية طوال الخمسين سنة التى أعقبت وفاة المؤلف [٨٣].

وقد أخذ المشرع المصرى بهذا المبدأ ، إذ تنص المادة ٢٠ من قانون حماية حق المؤلف على أن حقوق الاستغلال المالي تنقضي بمضى خمسين عاماً على وفاة المؤلف ، حتى ولو كان المصنف لم ينشر إلا بعد وفاته ، وإذا كان المصنف مشتركاً تحسب هذه المدة من تاريخ وفاة أخر من بقى حياً من المشتركين فى تأليفه .

وترد على القواعد المتقدمة الاستثناءات الآتية [٨٤] :

- بالنسبة للمصنفات المشتركة تحتسب المدة من تاريخ وفاة آخر من بقى حياً من المشتركين .
- بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى لا تكون مصطبغة بطابع انشائى ، واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلاً آلياً ، فينقضي حق الاستغلال المالي بمضى خمسة عشر عاماً من تاريخ أول نشر للمصنف .
- بالنسبة للمصنفات المملوكة للأشخاص المعنوية أي المصنفات الجماعية ، فإن المدة تحتسب من تاريخ النشر .
- بالنسبة للمصنفات التى تنشر غفلاً من اسم المؤلف أو باسم مستعار تحسب مدة الخمسين سنة من تاريخ نشرها ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته خلالها فتبدأ المدة من تاريخ الوفاة .

---

[٨٣] **انظر** : د. نعمان محمد جمعة ، مرجع سابق ، ص ٣٨٥ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٥٣ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٣٩ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٣٢٧ .

[٨٤] **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٥٤ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٣٢٧ ؛ ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٢٧ ؛ د. جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٣١ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٣٩ ؛ ا. د عمر السيد احمد عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٢٤٢ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٨٤ .

- بالنسبة للمؤلفات التى تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف تحسب المدة من تاريخ وفاته .

٣- قابلية حق الاستغلال المالي التصرف فيه

يجوز التصرف فى حق الاستغلال المالي ، باعتباره حقاً مالياً ، فيجوز للمؤلف أن يتصرف فيه أو ينزل عنه للغير ، فللمؤلف أن يتصرف فى حق الاستغلال المالي بنقله إلى ناشر عن طريق التعاقد ، والتصرف فى حق الاستغلال قد يشمل التصرف فى الحق المالي بأكمله ، أو أن يكون تصرفاً جزئياً كأن يكون قاصراً على بعض طرق الاستغلال أو موقوتاً بمدة معينه ، كما أنه قد يكون معاوضة أو تبرعاً ، فإذا كان معاوضة ، فقد يكون العوض فيه مبلغاً جزافياً أو نسبة معينة من الايراد[٨٥] .

ويجوز التصرف فى مؤلف لم يكن قد بدأ فيه المؤلف أو لم يتممه وقت الاتفاق ، تطبيقاً لقاعدة جواز التصرف فى الشيء المستقبل ، وعلى ذلك يجوز للمؤلف أن يتعاقد مع ناشر على نقل حق الاستغلال المالي على كتاب لم يتم تأليفه بعد ، ولكن لا يجوز أن يرد التصرف على مجموع الإنتاج الفكرى للمؤلف فى المستقبل ، فمثل هذا التصرف يعتبر باطلاً ؛ لأنه يتضمن حجراً على حرية المؤلف الشخصية [٨٦].

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٠ من القانون المدنى المصرى من أنه " يعتبر باطلاً تصرف المؤلف فى مجموع انتاجه الفكري فى المستقبل ".

٤- انتقال حق الاستغلال المالي إلى الورثة

---

[٨٥] انظر : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٢٩ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٥٥ ؛ د. جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٣٢ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٤٠ ؛ د. نعمان محمد جمعة ، مرجع سابق ، ص ٣٨٦ ؛ ا. د احمد عبد الحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص ٣٠٦ .

[٨٦] انظر : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٥٥ ؛ ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٢٨ ؛ د. جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٣٢ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٤١ .

إذا توفى المؤلف ، انتقل حق الاستغلال المالي للمؤلف باعتباره عنــصراً من عناصر الذمة المالية له إلى ورثته ، شأنه فى ذلك شأن غيره من الحقوق المالية .

وكما ينتقل حق الاستغلال المالي بعد وفاة المؤلف بالميراث ، فإنه ينتقل كذلك بالوصية ، حيث يجوز للمؤلف أن يوصى بحــق الاســتغلال المــالي لمصنفه إلى شخص آخر حتى ولو تجاوزت هذا الحق القدر الجائز الايصاء به وهو ثلث التركة .

وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة ١٨ مــن القــانون المدنى بأنه " يجوز للمؤلف أن يعين أشخاصاً بالذات من الورثة أو غيــرهم ليكون لهم حقوق الاستغلال المالي ولو جاوز المؤلف فى ذلك القــدر الــذى تجوز فيه الوصية ".

والحكمة من هذا النص هو تمكين المؤلف من اختيــار أصــلح النــاس للمحافظة على هذا الحق وأقدرهم رعاية لسمعته ومن يكلف بــذلك العــبء يكون من الطبيعى أن يكافئ مالياً دون تقيد بحد الثلث ، والعلة التى من أجلها قام المؤلف باختيار أحد الأشخاص لإستغلال حقه المالي هو ما قد يثور مــن نزاع بين الورثة يؤدى إلى تعطيل مسيرة نشر المصنف ، وحسن استغلاله[٨٧].

وفى المصنف المشترك ، إذا توفى أحد المؤلفين ولم يكن لــه وارث ، فإن نصيبه فى حق الاستغلال المالي يؤول إلى باقي المؤلفين وخلفائهم ، مــا لم يتفق مؤلفي المصنف المشترك على خلاف ذلك .

---

[٨٧] **انظر** : ا.د مصطفى محمد الجمال ؛ ا.د عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٤١١ ؛ ا.د حسام الدين كامل ، مرجع سابق ، ص ٣٢٦ .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٨ من قانون حماية حق المؤلف على أنه " بعد وفاة المؤلف يكون لورثته وحدهم الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المالي المنصوص عليها فى المواد ٥،٦، ٧ ، فإذا كان المصنف عملاً مشتركاً وفقاً لأحكام هذا القانون ومات أحد المؤلفين بلا وارث ، فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين وخلفهم ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك " .

الباب الثانى

أركان الحق

تمهيد وتقسيم :

عرفنا الحق بأنه استئثار شخص بشيء أو بقيمة استئثاراً يكفل القانون حمايته .

ومن هذا التعريف يتضح أن أركان الحق ثلاثة :

الركن الأول : شخص الحق " صاحب الحق " أى الشخص الذى يتمتع بهذا الحق ويستأثر به ، وقد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون من الأشخاص الاعتبارية .

الركن الثانى : موضوع الحق أو محله : ويقصد بذلك ما يرد عليه الاستئثار فمحل الحق العينى هو شىء معين بالذات ، بينما يرد الحق الشخصى على عمل المدين ، سواء كان العمل إيجابياً ، أو كان العمل سلبياً ، يتمثل فى التزام المدين بالامتناع عن عمل معين [٨٨].

الركن الثالث : الحماية القانونية للحق : ويقصد بذلك ما يقرره القانون لصاحب الحق من وسائل لحماية حقه [٨٩].

وفى ضوء ما تقدم نقسم موضوع هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول : أشخاص الحق

الفصل الثانى : محل الحق وحمايته

---

[٨٨] **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٥٨ .
[٨٩] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٨٧ .

الفصل الأول

أشخاص الحق

الشخص هو كل من يتمتع بالشخصية القانونية أو هو من يكون صـــالحاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ؛ ويثبت ذلك للشخص الطبيعى ، وهو الإنسان ، أو لمجموعة من الأموال أو الأشخاص " كالــشركات والجمعيــات والمؤسسات " والتى تقوم بنشاط هادف منظم له قيمة اجتماعيـــة ، وتـــسمى بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية [٩٠].

ولهذا فسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتعرض فى الأول إلى الشخص الطبيعى وفى الثانى للشخص الاعتباري .

[٩٠] **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٥٩ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٤٨ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣١٤ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٢٩ ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص٢٦٩ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٩٠ ، ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٣٨ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٤٦ ؛ د. جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٥٩ .

المبحث الأول

الشخص الطبيعى

الشخص الطبيعى هو الإنسان ، وتثبت الشخصية القانونية للإنسان منـــذ أن يولد حياً حتى إذا لم تتوافر له الإرادة العاقلة الواعية مثل الصغير أو فاقد العقل ، فالإنسان بمجرد ولادته تثبت له الشخصية القانونية أى مكنة اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات . وتقتضى دراســـة الأشـــخاص الطبيعيـــة ؛ أن نعرض لها من حيث مدة الشخصية القانونية ومميزات الشخص الطبيعـــى ، ونعالج كل منها فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

مدة الشخصية القانونية

أن حياة كل شخص طبيعى لها بداية ونهاية ؛ وكذلك الشخصية القانونية لها بداية ونهاية ، ولهذا ينبغى أن نبدأ بتحديد متى تبدأ الشخـــصية القانونيـــة للإنسان ، ثم نعرض لتحديد متى تنتهى هذه الشخصية [٩١].

ومن هذا المنطلق ، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : بداية الشخصية القانونية

الفرع الثانى : نهاية الشخصية القانونية

---

[٩١] انظر : د. جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٦١.

الفرع الأول

بداية الشخصية القانونية

حيث تنص المادة ٢٩ مدنى على أنه " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً ، وتنتهى بموته ، ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون " .

وسنعالج بدء الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادة الجنين حياً ، ثم نتناول مركز الجنين " الحمل المستكن " .

أولاً : بدء الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادة الجنين حياً

إن ثبوت الشخصية القانونية للإنسان يكون بتمام ولادته حياً ، أو بمعنى آخر يكون بانفصال الجنين عن أمه حياً ، فإذا انفصل الجنين ميتاً ، فلا تثبت له الشخصية القانونية ، حتى ولو كان ذلك نتيجة إجهاض تعمده الغير ، كضرب الحامل على بطنها ، وتتحقق حياة المولود ببعض العلامات المميزة كالبكاء والصراخ والتنفس . فإذا تمت ولادة المولود حياً تثبت له الشخصية القانونية ، ولا يهم بعد ذلك مدى قابليته للحياة ، فإذا مات المولود بعد فترة وجيزة من ولادته ، فلا يؤثر ذلك على الشخصية القانونية له[٩٢] .

وتثبت الولادة بشهادة الميلاد وهى ورقة رسمية مستخرجة من السجلات المعدة لذلك " المادة ٣٠ مدنى " .

على أنه يجب أن يلاحظ أن القيد فى سجل المواليد ليس هو البديل الوحيد لإثبات الولادة ، فواقعة الولادة واقعة مادية يجوز اثباتها بكل الطرق .

---

[٩٢] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٣٤٦ ، ص ٥٤٠ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٦١ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥٠ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣١٥ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٧٠ ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص٢٧١ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٩٨ ، ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٣٩ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٤٧ ؛ د. جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٦٢ .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٣٠ من القانون المدنى على أن " تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك ، فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى " .

ثانياً : مركز الجنين " الحمل المستكن "

إذا كان الأصل أن الإنسان لا تثبت له الشخصية القانونية إلا بتمام ولادته حياً ، إلا أن المشرع اجاز استثناء أن يكون للجنين شخصية قانونية ناقصة ؛ وهذا هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من نص المادة ٢٩ بقولها " ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون ".

وقد أعتبر المشرع أن الجنين له شخصية قانونية ناقصة وليست كاملة ؛ لأنها تقتصر على اكتساب الحقوق دون التحمل بالالتزامات .

وإذا نظرنا إلى الحقوق التى يعترف بها القانون للحمل المستكن ، سنجد أنها الحقوق التى لا يحتاج فيها إلى قبول ، نذكر منها على سبيل المثال الحقوق الآتية [٩٣]:

١- الحق فى ثبوت نسبه من أبيه .

٢- الحق فى اكتساب جنسية أبيه .

٣- الحق فى الإرث .

٤- الحق فيما يوصى له به .

٥- الحق فى الاستفادة من الاشتراط الذى يشترطه له أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر ، كأن يكون مستفيداً من عقد التأمين .

---

[٩٣] **انظر** : ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٧٢ ؛ ا.د جلال إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٤ ؛ ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٣٤٧ ، ص ٥٤٣ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، فقرة ١٦٤ ، ص ١٤٨ .

أما الحقوق التى يحتاج اكتسابها إلى قبول ، فـــلا يكـــون الجنـــين صـــالحاً لاكتسابها ، وعلى هذا لا تصح الهبة لـــه ؛ لأن الهبـــة عقـــد لا ينعقـــد إلا بالقبول[٩٤].

الفرع الثانى

نهاية الشخصية القانونية

تنتهى شخصية الإنسان بموته ؛ وقد يكون الموت حقيقياً وقد يكون اعتبارياً أو حكمياً .

أولاً : الموت الحقيقى

يترتب على التحقق من وفاة الإنسان سواء أكانت الوفاة طبيعية أم نتيجة حادث انتهاء شخصيته القانونية ، بحيث لا يعود صالحاً لأن يكون صـــاحب حق أو مديناً بواجب ، وإنما تنتقل حقوقه والتزاماته إلى ورثته ؛ إلا أن بعض الفقهاء يرى أن شخصية الإنسان تمتد افتراضاً ، لحين سداد ديون المـــورث من أموال تركته ، بحيث لا ينتقل إلى الورثة إلا ما يتبقى من أمواله بعد سداد ديونه .

ويستند هذا الرأى إلى القاعدة الشرعية التى تقـــضى بـــأن الورثـــة لا يستحقون أنصبتهم إلا من بعد سداد الديون ؛ حيث لا تنتقل أمـــوال المتـــوفى إلى الورثة إلا بعد سداد ديونه [٩٥].

---

[٩٤] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٣٤٦ ، ص ٥٤٤ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥١ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣١٧ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٧٣ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٥ ، ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤٠ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٤٩.

[٩٥] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٣٤٦ ، ص ٥٤٧ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥١ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣١٨ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٧٩ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ ، ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤١ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٥٢.

ولا يخلو الرأى السابق من النقد ؛ حيث تنتهى شخصية الإنسان بوفاته ، ولا يتصور بقاءها بعد ذلك ، حيث تنتقل أموال التركة إلـــى الورثـــة مثقلـــة بحقوق الدائنين ، فيستوفى دائنو المورث حقوقهم من أموال التركة بالأولوية عن دائنى التركة [٩٦].

ثانياً : الموت الحكمى " مركز المفقود "

المفقود هو الشخص الذى انقطعت أخباره ، فلا يعرف حياته أو مماته ، كمن يخرج للسياحة وتنقطع أخباره مدة طويلة أو كمن يفقد فى معركة حربية أو زلزال أو فيضان .

أما الغائب فهو الشخص الذى يغيب عن موطنه أو محل إقامتـــه ولكـــن حياته معلومة ، فلا يعتبر مفقوداً ، ولا تنتهى شخصيته القانونية .

حيث تنص المادة ٣٢ من القانون المدنى على أنه " تسرى فـــى شـــأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فإن لم توجـــد فأحكـــام الشريعة الإسلامية ".

وطبقاً لهذا النص ، فإن القانون يفرق بين المفقود والغائب ، وذلك على خلاف أحكام الشريعة الإسلامية " المذهب الحنفى " ؛ حيث لا فرق عنـــدهم بين الغائب والمفقود [٩٧].

---

[٩٦] **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٦٣ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥٣ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٨١ ؛ ا.د حمدي عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص٢٧١ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٣٩ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٥٣ ؛ د. جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٦٣ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٧٤ .

[٩٧] **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٦٤ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥٤ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٨٢ ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص٢٧٧ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٥٤ ؛ د. جلال العدوى ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٧٤ .

وسوف نعرض أولاً لشروط اعتبار المفقود ميتاً ، ثم نعرض لأثر الحكم بموته .

١- شروط اعتبار المفقود ميتاً :

تختلف شروط اعتبار المفقود ميتاً باختلاف الحالات التى فُقد فيها ، حيث لم يترك المشرع امر المفقود معلقاً إلى اجل غير معلوم ، وانما حدد فترة زمنية معينة يحكم بعدها بموته ، وهنا فرق المشرع بين نوعين :

النوع الأول : حالة الفقد فى ظروف يغلب فيها الهلاك

إذا كان الشخص قد فقد فى ظروف يغلب فيه الهلاك ، كمن يفقد فى حالة الحرب أو كارثة كزلزال أو فيضان أو من يفقد نتيجة وجوده فى منزل قد أحترق أو هدم ؛ أو وجوده فى منطقة تعرضت للغزو أو لحرب أهلية .

فى مثل هذه الأحوال ، يحكم القاضى باعتبار المفقود ميتاً بعد مضى أربع سنوات من تاريخ فقده . أما إذا كان المفقود من رجال القوات المسلحة ، وفقد أثناء العمليات الحربية ، فإن وزير الحربية هو الذى يختص بإصدار القرار بموته بعد مضى أربع سنوات على فقده ، على أن يحل قرار وزير الحربية محل الحكم القضائى[٩٨] .

النوع الثانى : حالة الفقد فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك

إذا كان الشخص قد فقد فى ظروف لا يغلب فيها الهلاك ، كما لو انقطعت أخبار مسافر طلباً للعلم أو بغرض السياحة ، ففى هذه الحالة لم يحدد المشرع المدة التى تحكم بعدها المحكمة بموت المفقود ، وإنما ترك امر

---

[٩٨] **انظر**: ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٣٥٦ ، ص ٥٥٢ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥١ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣١٩ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٧٩ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١١٧ ، ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤٢ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٥٤ ؛ د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤٠٨ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٧٩ .

تقدير هذه المدة إلى القاضى ، وذلك بعد التحري عن وجوده على قيد الحياة أو وفاته بجميع الطرق الممكنة .

وفى جميع الأحوال ، لا يجوز أن تقل هذه المدة عن أربع سنوات ، باعتبار أن هذه المدة تُعد حداً أدنى ليس للقضاء أن ينزل عنه ، وإن كان له أن يزيد عليه [٩٩].

٢- أثر الحكم باعتبار المفقود ميتاً

بالنسبة للآثار المترتبة على الحكم باعتبار المفقود ميتاً ، أو القرار الصادر من وزير الحربية باعتباره ميتاً ، فإنه يفرق بين ثلاثة فروض :

الفرض الأول : مركز المفقود قبل الحكم بموته

يعتبر المفقود حياً بالنسبة للأحكام التى تضره ، ويعتبر ميتاً بالنسبة للأحكام التى تنفعه وتضر بغيره [١٠٠].

- النتائج المترتبة على اعتبار المفقود حياً بشأن الأحكام التى تضره وتنفع غيره

فلا تورث أموال المفقود ، وتظل زوجته على ذمته ، ولا تستطيع الزواج بغيره ، ولكن للزوجة إذا غاب عنها زوجها بلا عذر مقبول أكثر من سنة ، وكانت تتضرر من ذلك ، أن تطلب من القاضى تطليقها طلاقاً بائناً ، ولو كان لهذا الزوج مال تستطيع الإنفاق منه [١٠١].

---

[٩٩] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٥٢ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٦٥ ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤٠٨ ؛ ا.د حسام كامل الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٨٤ ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص٢٨٠ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٥٤ ؛ د. جلال العدوى ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ ؛ ا.د جلال إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١١٩ .

[١٠٠] **انظر** : ا.د ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٦٥

[١٠١] **انظر** : ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٥٥ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٦٥ ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤٠٨ ؛ د. جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٦٦ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ ؛ ا.د جلال إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١١٩ .

– النتائج المترتبة على اعتبار المفقود ميتاً بالنسبة للأحكام التى تنفعه وتضر غيره .

أن المفقود لا يرث غيره أثناء مدة فقده ، أى فى المدة من تاريخ فقده حتى تاريخ الحكم بموته ، بحيث لا يرث المفقود من مورثه الذى مات بعد الفقد ، كل ما فى الأمر ، وعلى سبيل الاحتياط ، تقضى المادة ٤٥ من قانون المواريث ، بأن يوقف للمفقود من التركة بقدر نصيبه الذى يستحقه لو كان حياً .

وبالتالى ، لا يرث المفقود طالما أن حياته غير مؤكدة ، ولا يستحق ورثته " ورثة المفقود " هذا النصيب ؛ لأن مناط الميراث هو تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث[١٠٢] .

الفرض الثانى : مركز المفقود بعد الحكم بموته

فإذا حكم القاضى بموت المفقود ، هنا تنتهى حياة المفقود ، ويرتب هذا الحكم آثاره من تاريخ صدوره .

– اعتبار المفقود ميتاً منذ صدور الحكم بالنسبة للرابطة الزوجية :

حيث تعتد زوجتة عدة الوفاة وهى أربعة أشهر وعشرة أيام من وقت صدور الحكم بموته ، وتستطيع أن تتزوج بغيره بعد انتهاء العدة .

– اعتبار المفقود ميتاً منذ صدور الحكم بالنسبة لماله :

حيث توزع تركته على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته ، ولا يرث من مات منهم فى الفترة بين تاريخ الفقد وتاريخ الحكم ؛ لأن الوارث يجب أن يكون على قيد الحياة وقت وفاة المورث[١٠٣] .

---

[١٠٢] __انظر__ : ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٠ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٥٥ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٦٦ ؛ د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤٠٩ .

الفرض الثالث : مركز المفقود الذى تتضح حياته بعد الحكم بموته

إذا ظهر المفقود بعد صدور الحكم القضائى بموته ، اعتبر هذا الحكم أو القرار كأن لم يكن ومن ثم تزول بأثر رجعى الآثار التى كانت قـد ترتبـت عليه ، ولهذا يسترد المفقود ما كان له من أموال أو ما كان يرثه من أموال ، كما تعود إليه زوجته [١٠٤].

بالنسبة لأموال المفقود :

إذا تحققت حياة المفقود بعد الحكم بموته ، فيحق له أن يسترد ما بقـى قائماً من أمواله تحت أيدي هؤلاء الورثة ، أما ما استهلكه هؤلاء مـن هـذه الأموال ، فإنهم لا يسألون عنه ؛ حيث إن وجود هذه الأموال فـى يـد مـن وزعت عليه كان يستند إلى حكم القضاء ، أو قرار بموت المفقود[١٠٥] .

بالنسبة لزوجته :

إذا كانت الزوجة لم تتزوج ، فإنه لا مشكلة ، حيث تعود الزوجة إلـى زوجها بمجرد ظهوره حياً ، أما إذا كانت قد تزوجت بغيره ، فإن المـشرع يفرق بين ما إذا كان الزوج قد دخل بالزوجة أو لم يدخل بها .

فإذا لم يدخل بها ، فإن الزوجة تعود إلى زوجها العائد ، ويعتبـر عقـد الزواج الثانى مفسوخاً ، أما إذا كان قد دخل بها ، فإنها تبقى للزوج الثانى ، ما لم يكن هذا الأخير سيء النية أي كان على علم بحياة الزوج الأول عنـد زواجه منها ، هنا يعتبر الزواج باطلاً ، وتعود الزوجة إلى زوجهـا الأول ،

---

[١٠٣] **انظر** : ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥٥ .
[١٠٤] **انظر** : ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٦٧ .
[١٠٥] **انظر**: ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص٣٢١ .

كما يعتبر الزوج الثانى سيء النية أيضاً ، إذا كان قد عقد عليها فى عدة وفاة الزوج الأول[١٠٦] .

المطلب الثانى

مميزات الشخصية

تتناول دراسة مميزات الشخصية كل ما يميز شـــخص عــن الآخــر ، ويتميز الشخص عن الآخر بحالته وباسمه وبموطنه ، فلكل شخص اسم يسمح بتمييزه عن غيره ،ولكل شخص موطن يمكن العثور عليه فيه لمخاطبته فيما يتعلق بشئونه القانونية ، ولكل شخص حالة تسمح بتمييزه عن غيره ، كما أن لكل شخص أهلية يباشر بمقتضاها حقوقه والتزاماته [١٠٧].

وسوف ندرس فى هذا المطلب مميزات الشخصية على النحو التالى :

الفرع الأول : الحالة

الفرع الثانى : الاسم

الفرع الثالث : الموطن

الفرع الرابع : الأهلية

---

١٠٦ **انظر** : ا.د حسام الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٨٧ .
١٠٧ **انظر** : ا.د جلال إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٢٧ .

الفرع الأول

الحالـــة

يقصد بحالة الشخص هى مجموعة الصفات التى يضعها القـانون فـى الاعتبار ؛ حيث يتوقف عليها تحديد مـدى صـلاحيته لاكتـساب الحقـوق والالتزام بالواجبات ، وتتحدد هذه الصفات بانتماء الشخص إلى دولة معينة ، ويطلق على ذلك الحالة السياسية ، ومركز الشخص من حيث كونه منتـسباً إلى أسرة معينة ، ويعنى ذلك الحالة العائلية ، ومركز الشخص مـن حيـث كونه منتسباً إلى ديانة معينة ، وهو ما يسمى بالحالة الدينية[١٠٨] .

أولاً : الحالة السياسية

ويقصد بالحالة السياسية تمييز كل شخص عن الآخـر بجنـسيته ، أى بانتمائه إلى دولة معينة ، ويحدد القانون فى كل دولـة الـشروط اللازمـة لاكتساب الجنسية ، وبناء على رابطة الجنسية يمكن التمييز بـين الـوطنيين والأجانب فيما يتعلق بالحقوق التى يتمتع بها كل منهم ، فهناك بعض الحقوق التى تثبت فى الأصل للوطنيين دون الأجانب ، كالحقوق السياسية ، والحـق فى مباشرة بعض المهن كالمحاماة ، والطب ، والصيدلة ، كما قد يحظر على الأجانب حق الانتخاب أو حق الترشيح للهيئات النيابية أو حق تولى الوظائف العامة[١٠٩] .

---

١٠٨ **انظر** : ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٨٧ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٦٩ ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص٢٧٠ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ٧١ ، ص ١٦٥ ، ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤٦ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ ؛ د. محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ، ص ١٧٦ ؛ د. جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٠ .

١٠٩ **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٦٩ ، ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٦٠ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ ؛ ا.د محمد على عمران ؛

وهذه الجنسية إما أن تكون جنسية أصلية ، وإما أن تكون جنسية طارئة :

الجنسية الأصلية : وهى الجنسية التى تثبت للشخص وفقاً لأحد أساسين أو وفقاً لهذين الأساسين معاً : فأما الأساس الأول فهو رابطة الدم التى تستمد من ولادة الشخص من أصل يتمتع بجنسية الدولة مثل ميلاد الشخص لأب مصري ، فيأخذ الابن جنسية أبيه ، وأما الأساس الثانى فهو رابطة الإقليم التى تتحقق بولادة الشخص على إقليم الدولة ؛ ولا تثبت الجنسية على هذا الأساس إلا فى حالة واحدة ، وهى حالة ما إذا ولد الشخص فى مصر من والدين مجهولين [110].

الجنسية المكتسبة : وهى الجنسية التى تثبت للشخص عن طريق التجنس بعد الميلاد ، وهو عادة إما الزواج وإما التجنس .

فالزواج يجيز للمرأة الأجنبية اكتساب جنسية زوجها ، واكتساب الزوجة لجنسية زوجها قد يكون مطلقاً أو مشروطاً .

وقد حدد القانون المصرى أسباب اكتساب الجنسية المصرية ، وتتحدد أساساً بالزواج من وطني يحمل الجنسية المصرية ؛ فتكتسب الزوجة الأجنبية الجنسية المصرية لمجرد زواجها من مصري ، كما أنه يتم اكتساب الجنسية المصرية بسبب الإقامة المستمرة فى مصر مدة معينة ، وبعد استيفاء شروط معينة يحددها القانون[111] .

ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤٦ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ ؛ د. محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ، ص ١٧٦ ؛ د. جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٢ .

[110] **انظر** : ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤٦؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٦٩ ، ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٦٠ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ ؛ د. محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ، ص ١٧٦ .

[111] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٦٦ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٧٠ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الجنسية التى نصت على أن " زواج الأجنبية من مصري يعد سبباً لكسب الجنسية المصرية ، إذا اعلنت وزارة الداخلية برغبتها فى كسب الجنسية ، واستمرت الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الإعلان ، ويجوز لوزير الداخلية قبل فوات هذه المدة حرمان الزوجة من حق الدخول فى الجنسية ".

وبالنسبة للإقامة ، فإنه يشترط لاكتساب الجنسية بمقتضاها أن تستمر الإقامة مدة عشر سنوات متتالية " م ٥ " وتخفض هذه المدة إلى خمس سنوات ، إذا كان الاجنبى قد حصل على إذن بالتوطن فى مصر بقصد التجنس"م٦" .

ويترتب على اكتساب الشخص جنسية دولة معينة عدة آثار من أهمها اكتسابه صفة المواطن وما يستتبع ذلك من تمتعه بالحقوق السياسية وما يقع عليه من واجب أداء الخدمة العسكرية ؛ فهذه الحقوق والواجبات لا تثبت إلا لمن له صفة المواطن[١١٢] .

ثانياً : الحالة العائلية " القرابة "

يقصد بالحالة العائلية تحديد مركز الشخص من حيث انتمائه إلى اسرة معينة .

والقرابة بوجه عام هى الصلة التى تربط بين شخصين ويرتب عليها القانون أثراً [١١٣]. هذه الصلة قد تكون هى صلة الدم وهى التى تسمى قرابة النسب ، كما قد تكون صلة المصاهرة وهى التى تسمى قرابة المصاهرة . وبذلك يكون لدينا نوعان من القرابة : قرابة النسب وقرابة المصاهرة[١١٤] .

---

[١١٢] انظر : ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤٦ .
[١١٣] انظر : ا.د نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤١٦.
[١١٤] انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ٧٦ ، ص ١٦٨ ؛ ا.د نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤١٦ .

أولاً : قرابة النسب

وهى الصلة التى تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك سواء من ناحية الأب أو من ناحية الأم .

وقرابة النسب تنقسم إلى قسمين : قرابة مباشرة " قرابة الخط المستقيم " وقرابة غير مباشرة " قرابة الخط المنحرف " ويطلق عليها فى اللفظ الشائع ، بقرابة الحواشى [١١٥] .

١- القرابة المباشرة : قرابة الخط المستقيم

هى الصلة التى تجمع بين الأصل والفرع ، أو هى القرابة المنحصرة فى عمود النسب ، ومثال ذلك الصلة بين الابن والأب أو بين الحفيد والجد ، وقد تكون هذه القرابة صاعدة أو نازلة ، وتكون صاعدة إذا كانت بين الابن وأبيه أو بين ابن الابن والجد وإن علا ، وتكون نازلة ، حين تنزل من الأب إلى الابن أو من الجد إلى ابن الابن[١١٦] .

وقد سميت هذه القرابة بقرابة الخط المستقيم ؛ لأنها تربط بين أشخاص يتسلسلون أحدهم عن الآخر فيكون الخط الذى يربط بينهم خطاً مستقيماً[١١٧] .

وتحتسب درجة القرابة المباشرة وفقاً لنص المادة ٣٦ من القانون المدنى على أساس اعتبار كل فرع درجة عند الصعود إلى الأصل مع عدم احتساب

---

[١١٥] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ٧٦ ، ص ١٦٨ .

[١١٦] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٧٨ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤٧؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٧٢ ، ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٦٤ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٤ ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٠٦ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٧٠ ؛ د. جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٢ ؛ د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤١٧ ؛ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٤٣٥ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، فقرة ٨٧ ، ص ١٩٣ .

[١١٦] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٦٦ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٧٠ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ .

[١١٧] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ٧٨ ، ص ١٦٩ .

الأصل ؛ أى أنه عند الحساب يجب إسقاط الأصل دائماً واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجة[١١٨] .

وتطبيقاً لذلك ، فإن القرابة بين الابن وأبيه مثلاً هى قرابة من الدرجة الأولى ؛ لأن الابن فرع ؛ وهذه درجة ، وخروج الأب باعتباره الأصل ، فلا يحتسب .

ويعتبر ابن الابن فى الدرجة الثانية من القرابة لجده أو لجدته ؛ لأن ابن الابن فرع ، فيعتبر درجة ، والأب أو الأم فرع ، فيعتبر درجة ثانية ، والجد أو الجدة أصل فلا يحتسب .

٢- قرابة الحواشى : القرابة غير المباشرة أو قرابة الخط المنحرف

هى القرابة التى تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر " المادة ٢/٣٥ مدنى " .

فالأقرباء قرابة الحواشي لا ينحدر بعضهم من بعض ، وانما يتميزون بوجود أصل مشترك يجمع بينهم ، مثال ذلك قرابة الأخ لأخيه ، فليس أحدهما فرعاً للآخر ، وإن جمعهما أصل مشترك وهو الأب أو الأم .

وكذلك الأعمام والعمات وفروعهم بالنسبة للشخص يعتبرون من قرابة الحواشي ؛ حيث يجمعهم به أصل مشترك هو الجد لأب أو الجدة لأب .

ويعتبر من الحواشي أيضاً أولاد الأخوال والخالات ؛ حيث يجمعهم أصل مشترك هو الجد لأم أو الجدة لأم " .

---

[١١٨] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٧٨ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤٨؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٦٤ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمي الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٤ ؛ د. جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٢ ؛ د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤١٧ ؛ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٤٣٥ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٧٠ .

وتحتسب درجة قرابة الحواشي ، طبقاً للمادة ٣٦ من القانون المدنى بأن تعد الدرجات صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك ثم نزولاً من هذا الأصل المشترك إلى الفرع الآخر مع اعتبار كل فرع درجة فيما عدا الأصل المشترك[١١٩] .

ولا تختلف طريقة احتساب درجة قرابة الحواشي عن طريقة احتساب درجة القرابة المباشرة إلا فى أننا فى القرابة المباشرة تحتسب درجة القرابة على أساس عمود نسب واحد ، بينما فى قرابة الحواشي ، فنكون بصدد عمودين للنسب يجمع بينهم الأصل المشترك ، وتحتسب درجة قرابة الحواشي على الأول صعوداً إلى الأصل المشترك ثم نزولاً على الثانى مع عدم احتساب الأصل المشترك[١٢٠] .

وتطبيقاً لذلك ، يعتبر الأخ فى الدرجة الثانية من القرابة لأخيه أو لأخته ؛ حيث يحسب الأخ درجة ، ولما كان الأب هو الأصل المشترك ، فلا يحتسب درجة ، ثم من الأب إلى الأخ أو الأخت تحتسب درجة ، فتكون القرابة من الدرجة الثانية .

ويعتبر ابن العم قريب من الدرجة الرابعة لابن عمه أو لابنه عمه ، حيث يحسب الشخص درجة والأب درجة ثانية ثم لا يحسب الجد لأنه هو الأصل المشترك ، ويحسب العم درجة ثالثة ، ثم ابن العم درجة رابعة [١٢١].

---

[١١٩] **انظر :** ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٧٩ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤٩؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٦٤ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٤ ؛ د. جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٢ ؛ د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤١٩ ؛ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٤٣٦ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٧٢ .

[١٢٠] **انظر :** ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٧٢.

[١٢١] **انظر** : ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٦٤ .

ثانياً : قرابة المصاهرة

هى القرابة التى تقوم بين احد الزوجين وأقارب الزوج الآخـــر ، وقــد عرفت المادة ٣٧ من القانون المدنى قرابة المصاهرة وبينت كيفية حسابها ، بقولها " اقارب احد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلـــى الزوج الآخر ".

وتحسب درجة قرابة المصاهرة كما تحسب درجة قرابة النسب ، وعلى ذلك ، يكون أب الزوجة وأمها أقارب للزوج من الدرجة الأولى وعم الزوجة وعمتها وخالتها أقارب للزوج من الدرجة الثالثة ، وابن العم وابنه العمة وابن الخالة وابنه الخالة أقارب للزوج الآخر من الدرجة الرابعة [١٢٢].

أهمية القرابة :

أن للقرابة فى مجال القانون آثاراً هامة نذكر بعضها فيما يلى :

أولاً : يترتب على القرابة ثبوت حقوق للشخص باعتباره عضواً فى أسرة ، فمثلاً يترتب على ثبوت البنوة حق الطاعة للأب على أبنه ، وحق التأديب ، ويكون للابن على ابيه حق الإنفاق وحق التربية وما يستلزمه من رعاية وتوجيـــه ، ولكن إلى جانب حقوق الأسرة السابقة ، تنشىء القرابة حقوقاً مالية أخرى ، هى الحق فى الإرث والحق فى النفقة .

ثانياً : أن درجة القرابة لها تأثير على بعض الأحكام القانونية نورد أمثلة لها

– حيث تنص المادة ٩٣٩ من القانون المدنى على عدم جواز الأخذ بالشفعة ، " إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ".

---

[١٢٢] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٧٥ ؛ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٤٣٦ .

- كما تنص المادة ١٤٦ من قانون المرافعات لسنة ١٩٦٨ على أنه " يمتنع على القاضى نظر الدعوى أو الفصل فيها ، إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم حتى الدرجة الرابعة ".
- كما تنص المادة ١٤١ من قانون المرافعات سالف الذكر على أنه " يجوز رد الخبير إذا كان قريباً ، أو صهراً إلى الدرجة الرابعة لأحد الخصوم " .

ثالثاً : الحالة الدينية

يقصد بالحالة الدينية اعتناق الشخص لدين معين ، ولا يؤثر الدين على المركز القانونى للشخص ، فتتحدد حقوقه وواجباته بصرف النظر عن الدين الذى يعتنقه [١٢٣] .

فالقانون يطبق على الجميع دون تفرقة بين الأشخاص على أساس الدين ، ولكن فى بعض الدول ، ومنها مصر، يتأثر المركز القانونى للشخص بناء على ديانته ، ولهذا تؤثر الحالة الدينية للشخص المستمدة من انتمائه إلى دين معين على جانب من جوانب شخصيته القانونية .

ويبدو ذلك واضحاً فى نطاق الأحوال الشخصية ، حيث تنص المادة السادسة من قانون المواريث على أنه " لا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض " .

كما أن تعدد الزوجات مباح بالنسبة للمسلمين طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ، بينما يُعد هذا التعدد محرماً بالنسبة لغير المسلمين ، وللمسلم

---

[١٢٣] **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٧٤ ؛ ا.د جلال على العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٤ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢٦٧ .

الحق فى أن يتزوج بكتابية " مسيحية أو يهودية " ولكن لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج بمسلمة [١٢٤].

الفرع الثانى

الاســــم

أولاً : الحق فى الاسم

لا شك أن الاسم من مميزات الشخصية ، فهو الذى يميز كل شخص عن غيره من الناس ، ويتكون الاسم عادة من عنصرين : الاسم الشخصى ، وهو الذى يميز الشخص عن بقية أفراد أسرته ، واللقب وهو اسم العائلة ، وهو الذى يميز الشخص عن غيره ويحدد انتمائه إلى أسرة معينة[١٢٥] .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٣٨ مدنى على أنه " يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده ".

كما أنه يجب طبقاً للمادة ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالأحوال المدنية ذكر اسم المولود ولقبه ضمن البيانات المبلغة عن واقعة الميلاد ، ولكن العادة جرت فى مصر على إضافة اسم الأب واسم الجد بجانب الاسم الشخصى ، والاستغناء بالتالي عن لقب العائلة[١٢٦] .

---

[١٢٤] **انظر** : ا.د جلال إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٨٢ ؛ ا.د جلال على العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٤ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٧٤ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢٦٧ .

[١٢٥] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٥٦ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤٩؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥٧ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٥ ؛ د. جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٦٨ ؛ د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤١٩ ؛ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٤٣٧ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٢٨ ؛ د.رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٠٠ ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٤١ .

[١٢٦] **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٧٧ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢٠٢ ؛ ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٥٦ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٤٩ .

ثانياً : الطبيعة القانونية للاسم

ثار جدل فى الفقه حول الطبيعة القانونية للحق فى الاسم ، فـذهب رأى إلى أن الحق فى الاسم من حقوق الأسرة ، ولكن يؤخذ على هذا الراى ، أنه يشترط لكى يكون للشخص اسم أن ينتمى إلى أسرة ، فقد يكـون الـشخص مجهول الأبوين كاللقيط ومع ذلك ، فإنه يتسمى باسم معين[١٢٧] .

كما يمتاز الاسم بأنه شائع بين الناس جميعاً ، فمن تسمى باسم محمد مثلاً ، لا يجوز أن يمنع غيره من التسمي بهذا الاسم ، كما أن اللقب وهو اسم الأسرة ، فهو شائع بين جميع أفراد الأسرة ؛ وهذا على خلاف حق الملكية الذى يمتاز بأنه حق مقصور على صاحبه ، يستطيع أن يمنع غيره من استعماله[١٢٨] .

ويذهب رأى آخر إلى أن الحق فى الاسم حق ملكية ، ولكن هذا الراى لم يلق قبولاً لدى الفقه ، على أساس أنه إذا كان لصاحب الاسم حق عليه ، فإن هذا الحق ليس بحق ملكية ، ولكنه يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ويسرى عليه نفس خصائص هذا النوع من الحقوق ، ويترتب على ذلك النتائج الآتية[١٢٩] :

- بطلان التصرفات القانونية التى ينزل بمقتضاها الشخص عن حقه فى اسمه لمصلحة شخص آخر .

---

[١٢٧] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٥٥ ؛ ا.د شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ ، دار النشر للجامعات المصرية ، ص ٣٩ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢٠٣ .

[١٢٨] **انظر** : د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص٢٠٤ ؛ ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٣٥٩ ، ص٥٥٥ .

[١٢٩] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٣٥٩ ، ص ٥٥٦ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٧٨ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٥٦؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٦ ؛ د. جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٦٩ ؛ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٤٣٩ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٣٦ ؛ د.رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٠٢ .

- حق الإنسان على اسمه لا يرد عليه التقادم المكسب أو المسقط ، ولذلك فإنتحال شخص اسم شخص آخر لا يكسبه حقاً عليه ، مهما طالت مدة انتحاله واستعماله إياه .
- عدم جواز الحجز على حق الإنسان على اسمه .

ثالثاً : الحماية القانونية للاسم

لما كان الحق فى الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، فإن القانون يحميه كما يحمى الشخصية ، فلا يجوز الاعتداء على حق الشخص على اسمه ، كما لو انتحل الغير اسمه ، أو نازعه فى استعماله ، ويتقرر للمعتدى عليه الحق فى مطالبة المعتدى بالكف عن الاعتداء ، فضلاً عن حقه فى التعويض عما لحقه من أضرار مادية أو أدبية ناشئة عن الاعتداء [١٣٠]. وقد وردت هذه الأحكام فى المادة ٥١ مدنى ، حيث نصت على أنه " لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل اسمه دون حق ، أن يطالب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ".

وإذا حدث أن تطابقت الأسماء بين شخصين تطابقاً كاملاً على سبيل المصادفة ، فلا نكون بصدد اعتداء على حق الإنسان على اسمه ، إذ لكل شخص حرية اختيار الاسم الذى يراه ، ولكن نكون بصدد اعتداء أو انتحال ، إذا كان استعمال الاسم القصد منه إيهام الغير بأنه الشخص الآخر ، فهنا يتقرر للمعتدى عليه الحق فى وقف الاعتداء باعتباره انتحالاً للاسم [١٣١].

---

[١٣٠] **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٧٨ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٥٦؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٦ ؛ د. جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٦٩ ؛ د. مصطفى محمد الجمال ، د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٤٣٩ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٣٦ ؛ د.رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٠٢ .

[١٣١] **انظر :** ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص ٣٣٠ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٤٣ .

رابعاً : أنواع الحق فى الاسم

١- الاسم الشخصى واسم الشهرة

الاسم الحقيقى هو الاسم الذى يطلق علي الشخص عند ولادتــه، ولقــد أوجب قانون الأحوال المدنية ذكر اسم المولود واسم أبيــه ضــمن البيانــات الواجبة الإبلاغ عن واقعة الميلاد .

ولا يوجد فى القانون المصرى ضابطاً للأسماء ، فكل شخص له الحــق فى تسمية المولود بأي اسم بشرط ألا يكون فى ذلك الاسم ما يخالف النظــام العام والآداب[١٣٢] .

أما اسم الشهرة هو اسم مخالف للاسم الحقيقى للشخص يطلقــه عليــه الجمهور فيشتهر به أمام الناس .

وعادة يكون اسم الشهرة مشتقاً من صفة جسمانية أو ذهنية فى الشخص أو من مهنته الأصلية[١٣٣] .

ويتمتع اسم الشهرة عند ذيوعه بنفس الحماية التى كفلها القانون للاســم الحقيقى ، فيصبح حقاً لصاحبه، وله أن يطالب بوقف الاعتداء إذا ما نازعــه الغير فى اسم الشهرة بلا مبرر ، وكذلك المطالبة بالتعويض عما يكــون قــد لحقه من ضرر مادية أو أدبية ناشئة عن الاعتداء [١٣٤].

---

[١٣٢] **انظر** : ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥٩ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٣١ ؛ د.رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٠١ ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٤٢ .

[١٣٣] **انظر** : د. نعمان خليل جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤٢٨ .

[١٣٤] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٣٥٩ ، ص ٥٥٧ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٧٨ ؛ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥٩ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٢٧ ؛ د. جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٠ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٣٦ ؛ د.رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٠٣ .

وقد تدعو الضرورة شخص ما أن يغير اسمه ؛ فقد يكون الاسم مثيـــراً للسخرية ، أو قد يغير الشخص دينه أو جنسه ؛ فيرغب فـــى تغييـــر اســـمه ليتمشى مع الدين الجديد أو مع الجنس الجديد[١٣٥] .

ولذلك ، يجوز لصاحب الاسم الحقيقى أن يغيره بعد استيفاء الإجراءات التى نص عليها القانون ، لضمان جديـــة التغييـــر ، وإعلانـــه للجمهـــور ، حفاظاً على مصلحة المجتمع ، وتجنباً لما يلحق الغير من ضرر نتيجة تغيير الاسم [١٣٦].

٢- الاسم المستعار

وهو الاسم الذى يطلقه الشخص على نفسه رغبـــة منـــه فـــى إخفـــاء شخصيته ، ككاتب ناشىء يريد أن يطمئن على ما يكتبه بـــدون أن يعـــرض اسمه الحقيقى لنكسة أو هزة ؛ أو أن تظهر فنانة جديدة وتصطنع اسماً فنيـــاً جديداً لها لتطلقه على نفسها بقصد أن تلفت نظر الجماهير لتحقيق الشهرة فى المجال الفنى[١٣٧] ، أو يجد المغنى أو الممثل أن اسمه صعب النطق أو غيـــر موسيقى أو أنه اسم شائع ، فيختار اسماً سهلاً أو متميزاً أو ســـهل الحفـــظ ، لكى يظهر به على الجمهور ويساعده على الشهرة[١٣٨] .

ويتمتع الاسم المستعار بذات الحماية القانونية إذا اشتهر به الـــشخص ؛ بحيث يصبح متعلقاً بشخصيته، ويكون شأنه فى ذلك شأن الاسم الحقيقى[١٣٩] .

---

[١٣٥] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٣٨ .

[١٣٦] والإجراء الواجب اتباعه فى ذلك هو تقديم طلب على نموذج معد لذلك إلى مفتش الاحوال المدنية بالمحافظة الذى يحيله إلى لجنة خاصة تفصل فيه وفقاً للإجراءات التى بينتها اللائحة التنفيذية لقانون الأحوال المدنية " القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ " **لمزيد من التفاصيل فى هذا الشأن انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٧٩ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٥٦؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٥٩ ؛د. جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٦٩ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٣٦ ؛ د.رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٠٢ .

[١٣٧] **انظر** : د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٤٣ .

[١٣٨] **انظر** : د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٤٢٨ .

[١٣٩] **انظر** : د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢٠٨ .

٣- الاسم التجارى

هو الاسم الذى يتخذه شخص أو شركة أو أية مؤسسة تجارية لكى يتميز به المحل أو المنشأة ، وقد يكون الاسم التجاري هو اسم صاحب المحـــل أو المنشأة ، وقد يكون اسماً آخر [١٤٠].

والحق على الاسم التجاري يختلف عن حق الشخص على اسمه ، إذ أن الحق على الاسم التجاري حق مالى أي له صفة مالية ، ولهذا يصح التصرف فيه بالتنازل عنه إلى الغير شريطة ألا يكون هذا التصرف مستقلاً عن المحل التجاري ، ويجوز للمتصرف إليه أن يستخدم فى هذه الحالة الاسم التجـــاري المتصرف فيه كعلامة مميزة للمحل التجاري المتصرف فيه [١٤١] .

ولا يجوز الاعتداء على الاسم التجاري وللمعتدى عليه أن يـــدفع هـــذا الاعتداء وله أن يطالب المعتدى سواء كان هذا الاعتداء بانتحال هذا الاســـم التجاري أو بطريقة أخرى بوقف الاعتداء وبتعويضه عما أصابه من ضرر .

[١٤٠] **انظر** : ا.د جلال على العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٠ .
[١٤١] **انظر**: ا.د محمد على عمران ، ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٥٢ ؛ ا.د جلال على العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٠

الفرع الثالث

الموطن

Le domicile

أولاً : تعريف الموطن

الموطن هو المقر القانونى للشخص بالنسبة لكل ما يتعلق بأعماله وتصرفاته القانونية ، وعلاقاته مع غيره من الأشخاص ، بحيث يعد موجوداً فيه بصفة دائمة ، حتى ولو تغيب عنه فترة مؤقتة [١٤٢].

وفى هذا المعنى يختلف الموطن عن محل الإقامة : فالموطن هو الذى يقيم فيه الشخص إقامة دائمة ومستقرة ولو تخلل ذلك فترات غياب مؤقتة .

وأما محل الإقامة فهو المكان الذى يقيم فيه الشخص ولو كان ذلك بصفة مؤقتة كالإقامة فى فندق أثناء رحلة سياحية أو غير ذلك[١٤٣] .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٠ من القانون المدنى المصرى على أن " الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز إلا يكون له موطن ما ".

والغالب أن يكون لكل شخص موطن، وقد يكون للشخص الواحد أكثر من موطن وقد يكون الشخص بلا موطن ، ويتعدد موطن الشخص إذا كانت له إقامة ثابتة ومستقرة فى أكثر من مكان . ومثال على ذلك ، من يكون له أكثر من زوجة فيتعدد موطنه بتعدد زوجاته ، ولا يكون للشخص موطن إذا لم تكن له إقامة ثابتة ومستقرة فى مكان ما ، كما هو الشأن بالنسبة للبدو الرحل ، الذين يستقرون فى مكان بعينه ، ويعتد فى هذه الحالة بمكان وجود

---

[١٤٢] **انظر** : د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٣٧ .؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، مرجع سابق ، ص ٣٣٠ .
[١٤٣] **انظر** : ا.د محمد على عمران ، د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٥٨ .

الشخص[١٤٤] . إلا أن المشرع المصرى لم يقرر قاعدة عامة فى هذا الصدد ، حيث نصت المادة ١٠/١٣ مرافعات ، بصدد إعلان أوراق المحضرين على أنه " إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى الجمهورية العربية المتحدة وتسلم صورتها إلى النيابة ".

ثانياً : أهمية الموطن

يُعد الموطن من أهم عناصر الشخصية القانونية ، فإذا كانت الحالة المدنية تحدد مركز الشخص بالنسبة إلى الأسرة والدولة ، وإذا كان الاسم كأحد عناصر الشخصية يسمح بالتعرف على الفرد وتمييزه عن غيره ، فإن الموطن يمكن من العثور على مقر الشخص ومكانه ، ويترتب على ذلك ، فوائد قانونية عدة ، أهمها :

تحديد الاختصاص القضائى :

تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه بنظر الدعاوى المتعلقة بالمنقولات والحقوق الشخصية كالدين [١٤٥]، وبالتالى إذا رفض المدين الوفاء بالدين فى الموعد المتفق عليه للدائن ، فإنه يجب على هذا الاخير أن يرفع الدعوى على المدين أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامته المعتادة .

[١٤٤] **انظر** : ا.د محمد على عمران ، د. فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٥٨ .
[١٤٥] حيث تنص المادة ٤٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية من أن يكون الإختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، فإذا لم يكن للمدعى عليه موطن بجمهورية مصر العربية يكون الأختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامتة ، وإذا تعدد المدعى عليه كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم .

إعلان الأوراق القضائية :

يتم إعلان جميع الأوراق القضائية من مذكرات وإنذارات وغيرها إلـــى الشخص نفسه أو فى موطنه " المادة ١٠ مرافعات " .

تحديد مكان الوفاء بالالتزام :

بالنسبة للالتزام الذى يتعلق بشيء معين بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجــد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركـــز أعمـــال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال "المادة ٣٤٧ من القانون المدنى".

شهر الإفلاس :

أن شهر إفلاس التاجر الذى يتوقف عن سداد ديونه هو من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن التاجر المفلس ، وكذلك الحـــال ، فـــإن شهر الإعسار بالنسبة إلى غير التجار هو من اختصاص المحكمة التى يقـــع فى دائرتها موطن المدين المعسر .

ثالثاً : كيفية تحديد الموطن

من غير المنطقي أن يتحدد موطن الشخص على أساس المكـــان الـــذى يتواجد فيه ، فقد يكون وجود الشخص فى مكان معـــين وجـــوداً عـــابراً أو مصادفة ، وقد يصعب فى كثير من الأحيان التوصل إلى معرفة هذا المكان ، وليس فى ذلك صالح الشخص نفسه ولا صالح من يريـــد التعامـــل معـــه ،

وباستبعاد هذا المكان ، فإن الأمر لا يخلو من أحد فرضين يمكـن التعويـل عليهما كموطن للشخص [146].

الفرض الأول " التصوير الحكمي ": إما أن ينظر إلى المكان الذى يوجد فيه المركز الرئيسى لأعمال الشخص ومصالحه " كمكان المكتـب بالنـسبة للمحامى والمحل التجاري بالنسبة للتاجر ، والمصنع بالنسبة لصاحبه " .

الفرض الثانى " التصوير الواقعي " : ويتحدد فيه الموطن على أسـاس الإقامة الفعلية للشخص .

وهذا التصوير الأخير " الواقعي " هو الذى أخذ به المشرع المصرى ، حيث نصت المادة ٤٠ مدنى على أن " الموطن هو المكان الذى يقـيم فيـه الشخص عادة ".

ووفقاً لهذا التصوير يتكون الموطن من عنصرين : **العنصر الأول هـو الإقامة الفعلية** ؛ أي السكن فلا يعتبر موطناً للشخص المكان الذى يتردد عليه لزيارة قريب مثلاً أو صديق ، مادام أنه يعود بعد ذلك إلى منزله هو ، كمـا أنه لا يُعد موطناً للشخص المنزل الذى يجرى تجهيزه للسكنى ، لأن الشخص لا يمكن أن يقيم فيه اقامة فعلية [147].

والعنصر الثانى هو الاعتياد ؛ وهذا الاعتياد يتطلب أن تكون الإقامـة مستقرة غير عرضية أو مؤقتة ، ولكنه لا يتطلب الإقامـة مـدة معينـة أو

---

[146] __انظر__ : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٨١ ؛ : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٥٩٣ ؛ د. محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى صادق ، مرجع سابق ، ص٣٣١ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٦٠ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ٥٥ ، ص١٤٦ ؛ ا.د محمد شكرى سرور، مرجع سابق ، ص ١٧٦ ؛ ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٦ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢١٤ .

[147] __انظر__ : ا.د محمد شكرى سرور، مرجع سابق ، ص١٧٧ ؛ ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٧.

اتصالها دون انقطاع ، ولهذا لا يعد المكان الذى يقيم فيه الشخص أثناء السفر أو مدة المصيف موطناً له ، لأن إقامته فيه هى اقامة عرضية مؤقتة[١٤٨] .

رابعاً : أنواع الموطن

ينقسم الموطن إلى نوعين هما الموطن العام والموطن الخاص ، وينقسم الموطن العام إلى نوعين ، الموطن العام الإرادى والموطن العام القانونى أو الإلزامى ، أما الموطن الخاص فهو ينقسم إلى ثلاثة أنواع وهــم ، المــوطن التجارى أو الحرفى أو ما يسمى بموطن الأعمال ، وموطن القاصر المأذون ومن فى حكمه ، والموطن المختار ، وسوف نعرض لهذه الأنــواع جميعــاً بشىء من التفصيل[١٤٩] .

حالات الموطن الخاص :

للموطن الخاص ، فى القانون المدنى المصرى ، ثلاثة أنواع هى :

- موطن الأعمال أو الموطن التجاري والحرفي
- موطن القاصر المأذون له بالإدارة ومن فى حكمه
- الموطن المختار

وسوف نتعرض إلى هذه الحالات بشيء من التفصيل :

موطن الأعمال أو الموطن التجارى أو الحرفى :

تنص المادة ٤١ مدنى على أنه " يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة " .

---

[١٤٨] **انظر** : ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٧.
[١٤٩] **انظر :** د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٤٩ .

وعلى ذلك ، فقد جعل القانون المدنى المكان الذى يباشر فيه الـــشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة للأعمال المتعلقة بتلك التجـــارة أو الحرفـــة ، ويترتب على ذلك ، أن التاجر و الحرفى لهما إضافة إلى موطنهما العام وهو محل إقامتهما موطن خاص يتمثل فى المكان الذى يباشر فيـــه كـــل منهمـــا تجارته وحرفته . وموطن الأعمال بالنسبة إلى التاجر أو الحرفى هو موطن خاص فقط بالنسبة للمعاملات القانونية المتعلقة بتجارتـــه أو بحرفتـــه ، أمـــا بالنسبة إلى بقية شئون هذا الشخص ، فيبقى الموطن فى شأنها موطنه العادى وهو محل إقامته المعتادة [١٥٠].

موطن القاصر المأذون له بالإدارة ومن فى حكمه

يجعل القانون موطن القاصر ومصلحته هو موطن من ينوب عنه قانوناً ، ومن يستطيع إدارة شئونه بدلاً منه [١٥١].

ولما كان القانون يجيز للقاصر ، إذا بلغ ثمانى عـــشرة ســـنة ميلاديـــة بمباشرة بعض الإعمال القانونية ، ويكون القاصر بالنسبة لهذه الأعمال كمـــا لو كان كامل الأهلية ، رغم أنه يظل ناقص الأهلية فى كافة أعمالة الأخـــرى عدا الإدارة .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٢ من القانون المدنى على أنه " يكـــون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشر سنة ومن فى حكمه موطن خاص بالنسبة إلـــى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها ".

---

١٥٠ **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٨٣ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ ؛ د. مصطفى محمد الجمال ؛ عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٤٤٥ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٦١ .

١٥١ **انظر** : ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٨١ .

وإذا كان هذا النص لم يذكر سوى القاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن فى حكمه ، إلا أن هذا النص يمتد إلى القاصر الذى لم يبلغ ثمانى عشرة سنة ،بالنسبة للأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها ، بحيث يكون له موطن خاص بهذه الأعمال هو المكان الذى يقيم فيه عادة ، وذلك بجانب موطنه العام القانونى وهو موطن نائبه القانونى[١٥٢] .

وخلاصة ما سبق ، أن القاصر المأذون له بالإدارة ومن فى حكمه من المحجور عليهم يتمتع كل منهما بموطنين ، موطن عام ، يتحدد بشكل الزامى ، وهو موطن من ينوب عنه قانوناً ، وموطن خاص ، يتحدد بشكل اختيارى ، حيث يحدد القاصر أو من فى حكمه موطنه الخاص بالإدارة المأذون له بها سواء فى محل إقامته أو محل صناعته أو تجارته محل الإذن بالإدارة [١٥٣].

الموطن المختار :

وهو المكان الذى يتخذه الشخص من أجل تنفيذ عمل قانونى معين ، وبالتالى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما فى ذلك ، إجراءات التنفيذ الجبري ، وهذا الأمر يسهل كثيراً الإجراءات والمعاملات القانونية ، وخاصة فى مجال التجارة ، ولا يجوز إثبات الموطن المختار إلا بالكتابة [١٥٤].

ومن أمثلة ذلك ، أن يقوم الشخص باختيار مكتب محام موطن مختار له ، وهذا ما يحدث عندما يريد الشخص إجراء عمل قانونى معين كبيع عقار أو كتابة عقد أو رفع دعوى [١٥٥].

---

[١٥٢] **انظر** : ا.د جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٧٩ .

[١٥٣] **انظر** : د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص١٥٤ .

[١٥٤] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٦٣ .

[١٥٥] **انظر** : د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢١٩ .

وينحصر الموطن المختار فى شأن العمل القانونى المعين ، فلا يعتد به فى عمل قانونى آخر ، فمكتب المحامى الذى تحدد كموطن مختـــار بالنـــسبة لعمل قانونى معين ، لا يكون موطناً مختاراً بالنسبة لعمل قانونى آخر ، حتى ولو كان مهمة الدفاع مسندة إلى المحامى نفسه[١٥٦] .

والأصل أن يكون اتخاذ موطن مختار بالنسبة لتنفيذ عمل قانونى معـــين أمراً جوازياً للشخص ، فيجوز أن يكون موطنه العام هو المـــوطن بالنـــسبة لتنفيذ هذا العمل ، وقد اشترط المشرع إثبات الموطن المختار بالكتابة منعـــاً من اثارة الشك حول وجوده [١٥٧].

ويجب على الشخص الذى اتخذ من مكتب محام موطناً مختاراً لـــه ، أن يبرم معه عقداً يحدد الأعمال المسندة إليه وهذا يقتضى إبرام توكيل نيابة عنه سواء كان توكيلاً عاماً أو توكيلاً خاصاً [١٥٨].

---

[١٥٦] **انظر** : ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٨٥ .
[١٥٧] **انظر** : د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢٢٠ ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص٣٤٥ .
[١٥٨] **انظر** : د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٥٤.

الفرع الرابع

الأهلية

أهلية الوجوب وأهلية الأداء

تبدأ الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حياً حتى وفاتـــه ، وهـــذه الشخصية القانونية هى صلاحية الشخص للوجوب له أو عليه ، فبمجرد ولادة الإنسان يكون صالحاً لأن تتقرر له الحقوق ولأن يتحمل بالالتزامات[١٥٩] .

إلا أنه يلزم مباشرة الحقوق والالتزامات حتى تتحقق الآثـــار المترتبـــة عليها ، وهذا لا يكون ممكناً إلا إذا كان مرتبطاً بنشاط إرادي للفرد وقـــدرة معينة على التمييز لديه ؛ وهذه المباشرة أو القدرة هـــى مـــا يطلـــق عليـــه اصطلاحاً " الأهلية " فما هو المقصود بها ، وما هى أحكامها ؟ [١٦٠].

أولاً : تحديد معنى الأهلية بنوعيها

أهلية الوجوب capacité jouissance

ويقصد بها صلاحية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات[١٦١].

وتثبت أهلية الوجوب للجميع بصرف النظر عـــن الـــسن أو الإدراك أو التمييز ، فهى تتقرر لعديم التمييز كالصبي غير المميز أو المجنون[١٦٢] ؛ لأن مناط أهلية الوجوب هو الحياة ، وتظل أهلية الوجوب ملازمـــة للـــشخص ، طالما بقى على قيد الحياة ، ولا تزول عنه إلا بالوفـــاة ، فالإنـــسان بمجـــرد

---

[١٥٩] انظر : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٣٩٤ ، ص ٦٠٦ .

[١٦٠] **انظر** : ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٦٣ .

[١٦١] **انظر** : ا.د السنهورى ، الوجيز فى شرح القانون المدنى ، ج ١ ، ص ٩٥ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٨٧ ؛ د. محمد مرسى ، شرح القانون المصرى ، ط٤ ، ص ٣٥٤ ؛ د. السنهورى ، الوجيز فى شرح القانون المدنى ، ج ١ ، ص ٩٥ ، ا.د احمد سلامة ، المدخل لدراسة القانون ، ص ٣٩ .

[١٦٢] **انظر** : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٨٥ .

ولادته تثبت له الحقوق والالتزامات عليه ، ولكنـــه لا يـــستطيع أن يباشـــر الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه ؛ فهو غير أهل لمباشرة هذه الأعمـــال ، وتلك القدرة على مباشرة الأعمال القانونية هى التى تسمى فى الاصـــطلاح " أهلية الأداء " [١٦٣].

أهلية الأداء capacité d'exercice

هى صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يعتد به القانون ، ومعنى ذلك أن أهلية الأداء هى قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية وبالتالى ، فهى لا تثبت لكل إنسان بمجرد ميلاده ، أى بمجرد ثبوت الشخصية القانونية له ، وإنما تثبت للإنسان الذى تتوافر لديه ملكات التمييز والإدراك ، فأهلية الأداء قد تكون معدومة ، وذلك منذ ميلاد الشخص حتى بلوغه سبع سنوات ، وقد تكون أهلية الأداء كاملة ببلوغ الشخص إحدى وعشرين عاماً ، وحينئذ يكون كامل الإدراك والتمييز ، وقد تكون أهلية الأداء ناقصة ، وهى تكون كذلك إذا بلغ الشخص سبع سنوات حتى قبل بلوغه إحدى وعشرين عاماً ، وحينئذ يكون ناقص الإدراك والتمييز [١٦٤] .

ثانياً : التفرقة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء

إذا كانت أهلية الوجوب هى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزام ، ومع ذلك يجب التفرقة بين الحقوق السياسية والحقوق المدنية ، فأما بالنسبة إلى الحقوق السياسية ، فإن القانون هو الذى يحدد أهلية الشخص بالنسبة إلى كل حق من هذه الحقوق ، فيبين القانون مثلاً الشروط اللازمة لتولى الوظائف العامة وحق الانتخاب وحق الترشيح .

---

[١٦٣] **انظر** : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٣٩٤ ، ص ٦٠٦ .

[١٦٤] **انظر** : د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص١٥٦ .

ومن ذلك ما ينص عليه القانون من أن المصريين البالغين من العمر ١٨ سنة يكون لهم دون غيرهم حق تولى الوظائف العامة ؛ وأن المصريين البالغين من العمر ١٨ سنة يكون لهم حق انتخاب أعضاء مجلس الشعب[١٦٥] .

وأما بالنسبة للحقوق غير السياسية ، فالأصل أنها تثبت بالنسبة للكافة فيما عدا الحالات التى يحد فيها القانون من هذه الأهلية . ومن أمثلة القيود التى تحد من أهلية الوجوب ما يأتى :

- ما تنص عليه المادة ٤٧١ مدنى بأنه " لا يجوز للقضاء ولا أعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا وقع البيع باطلاً ".
- ما تنص عليه المادة الأولى من القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ من أنه " يحظر على غير المصريين سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين اكتساب ملكية الأراضى الزراعية والأراضى القابلة للزراعة والأراضى الصحراوية بالجمهورية العربية المتحدة ، ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع ".
- ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٠ سنة ١٩٦٩ فى شأن تعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد من الأراضي الزراعية وما فى حكمها من أنه " لا يجوز لأي فرد

[١٦٥] **انظر** : ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٦٤ .

أن يمتلك من الأراضي الزراعية وما فى حكمها من الأراضي البور والأراضي الصحراوية أكثر من خمسين فداناً ".

- ومن ذلك أيضاً ما تقرره أحكام الشريعة الغراء من أن القاتل لا يصلح أن يمتلك بطريق الميراث من تركة مورثه ".

وأما بالنسبة لأهلية الأداء ، فإنها لا تثبت إلا لمن بلغ درجة معينة من النضج تسمح له بالتمييز بين ما يضر وما ينفع .

ومادام أن أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية فإنها ترتبط بإرادته ، ولابد أن يتحدد نطاقها بالأعمال الإرادية لا بالأعمال المادية . والسبب فى ذلك هو أن الآثار القانونية ترتبط بالتصرف القانونى تبعاً لنشاط الإرادة ، فالإرادة هى التى تهدف إلى إحداث الأثر القانونى وأما بالنسبة للأعمال المادية التى يرتب عليها القانون آثاراً ، فإن هذه الآثار يرتبها القانون بغض النظر عن انصراف الإرادة إلى إحداثها أو عدم انصرافها[١٦٦] .

ولما كانت القدرة على التمييز تتدرج عند الإنسان تبعاً لسنه وما يصيبه من عوارض ، فإن أهلية الأداء تتدرج هى الأخرى من الانعدام إلى النقصان إلى الكمال[١٦٧] . لذلك فإننا سنتعرض لما يأتى :

- مراحل أهلية الأداء
- عوارض الأهلية

[١٦٦] **انظر :** ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٦٥.
[١٦٧] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٨٩ ؛ ا.د مصطفى محمد الجمال ؛ عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، فقرة ٤١٩ ، ص ٤٤٨ .

الغصن الأول

مراحل أهلية الأداء

اعتد القانون بسن الشخص كمعيار لتحديد مدى أهلية الأداء المقررة له ، طالما أن قدرة الشخص على التمييز والإدراك تتدرج بحسب سنه ، فقد ربط القانون بين مدى خطورة التصرف من ناحية وسن المتصرف من ناحية أخرى[١٦٨] . وفى هذا الصدد ، فقد فرق المشرع بين بين ثلاثة مراحل من عمر الإنسان :

المرحلة الأولى : انعدام أهلية الصبى غير المميز : وتبدأ هذه المرحلة بميلاد الإنسان حياً وتنتهى ببلوغه السابعة من عمره .

المرحلة الثانية : وتبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبى السابعة من عمره حتى بلوغ سن الرشد .

المرحلة الثالثة : وتستمر هذه المرحلة من وقت اكتمال الإنسان سن الرشد ببلوغه إحدى وعشرين عاماً لحين وفاته .

وسوف ندرس بالتفصيل لحكم القانون للتصرفات التى يجريها الشخص خلال مراحل حياته .

أولاً : الصبى غير المميز " عديم الأهلية "

حيث نصت المادة ٤٥ مدنى على أنه " ١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون .

٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز .

---

[١٦٨] **انظر :** ا.د مصطفى محمد الجمال ؛ عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، فقرة ٤١٩ ، ص ٤٤٨ ، ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٨٩

ويتضح من هذا النص ، أن المشرع لا يرى فى الإنسان أنه أصبح مجرد مميز إلا إذا وصل لهذه السن ، أما قبلها فيكون الشخص فاقد التمييز ، وبالتالى فاقد لأهلية الأداء[١٦٩] .

أحكام تصرفات الصبى غير المميز

فى هذه المرحلة يكون الصبى عديم التمييز أى عديم الأهلية ، له أهلية وجوب كاملة وليست له أهلية أداء مطلقاً ، وبناء عليه لا يستطيع هذا الصبى أن يقوم بأى عمل من الأعمال القانونية بنفسه ، وأى تصرف يجريه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١١٠ مدنى على أنه " ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطله " .

ويستوى أن يكون التصرف الذى يجريه نافعاً نفعاً محضاً أو ضارة ضرراً محضاً ، أو دائرة بين النفع والضرر[١٧٠] .

مثال ذلك ، أن الطفل فى هذه المرحلة لا يجوز أن يقبل الهبة لانعدام إرادته وفقدان تمييزه ، وبالتالى تبطل الهبه له رغم كونها تصرف نافع نفعاً محضاً .

واحتراماً لرغبة الطفل الذى لم يبلغ سن السابعة فى إبرام التصرفات القانونية ، فقد قرر المشرع أن يتولى نيابة عنه فى مباشرة تصرفاته الممثل القانونى له وهو الولى أو الوصى ، حيث يثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه طبقاً

---

١٦٩ **انظر :** ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، فقرة ٢١٥ ، ص ١٨٦ .

١٧٠ انظر : ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٩٧ .

لما هو وارد بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن أحكام الولاية على المال[١٧١] .

ويختلف الحكم ، إذا كان التصرف القانونى لا يستلزم تعبيراً إرادياً من جانب الصبى غير المميز ، فتترتب آثاره القانونية ، ويتمثل ذلك فى التصرفات القانونية الصادرة بإرادة منفردة ، كما فى الوصية ، التى يكفى فيها إرادة الموصى والتى ينتقل بمقتضاها المال الموصى به إلى الموصى له مُصرا على وصيته دون حاجة إلى القبول من جانب الموصى له ، لذلك تصح الوصية للصبى غير المميز[١٧٢] .

ثانياً : الصبى المميز " ناقص الأهلية "

حيث نصت المادة ٤٦ مدنى على أنه " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون ".

ويُعد الصبى فى هذه المرحلة ناقص الإدراك لصغر سنه نسبياً ، لذا يسمى بناقص الأهلية لتوافر قدر من الأهلية لديه يختلف سعة وضيقاً أيضاً بحسب تقدمه فى السن ، ولكنه لا يصل إلى مرحلة الكمال ، فهو ليس معدوم الأهلية ، وليس أيضاً بكاملها ، ولكنه يتمتع ببعضها فقط[١٧٣] .

---

[١٧١] **انظر :** ا.د مصطفى محمد الجمال ؛ عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، فقرة ٤١٩ ، ص٤٥٢ ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص١٥٨ .

[١٧٢] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ٩١ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٩٧ ؛ : ا.د مصطفى محمد الجمال ؛ عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، فقرة ٤١٩ ، ص٤٥٢ .

[١٧٣] **انظر :** ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٢٠٠ .

أحكام تصرفات الصبى المميز

تنص على حكم تصرفات الصبى المميز المادة ١١١ من القانون المدنى بقولها

١- إذا كان الصبى مميزاً ، كانت تصرفاته المالية صحيحة ، متى كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضاره ضرراً محضاً .

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال ، إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون ".

وعلى ذلك ، فإنه يتوقف تحديد مدى صحة التصرف القانونى الذى يجريه الصبى المميز على ما إذا كان التصرف نافعاً نفعاً محضاً له ، أو ضارة ضرراً محضاً ، أو دائرة بين النفع والضرر ، وسنميز بين الأنواع الثلاثة من التصرفات القانونية التى يجريها الصبى المميز فى هذه المرحلة [١٧٤].

١- التصرفات القانونية النافعة نفعاً محضاً : **وتقع صحيحة**

حيث يعتبر الصبى المميز بالنسبة لها شأن الإنسان بالغ سن الرشد أى يعتبر كامل الأهلية ، فتثبت له أهلية الأداء اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية النافعة نفعاً محضاً له ؛ فتقع جميع تصرفاته صحيحة ؛ لأنها تزيد من حقوق الشخص أو تنقص من التزاماته ، دون مقابل يعطيه ، أو هو التصرف الذى يثرى من يباشره دون أن يدفع مقابلاً لذلك .

[١٧٤] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٩٣ .

ومن أمثلة هذا النوع من التصرفات : قبول الهبة ، وقبول الوصية ، وقبول الاشتراط الوارد لمصلحته فى عقد التأمين لمصلحته بدون مقابل ، وقبول الإبراء من دين فى ذمته[١٧٥] .

٢- **التصرفات القانونية الضارة ضرراً محضاً** : وتقع باطلة بطلاناً مطلقاً

حيث يعتبر الصبى المميز بالنسبة لها شأن عديم التمييز أو عديم الأهلية ، وبالتالى فحكم هذه التصرفات أنها تقع باطلة بطلاناً مطلقاً ، ولا أثر لها قانوناً ، بل أنه لا يملك وليه أو وصية إجازة هذه التصرفات ولا حتى القاصر نفسه لا يملك أن يجيز هذه التصرفات ولو بعد بلوغه سن الرشد [١٧٦].

ومن أمثلة هذه التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، أن يقوم الصبى المميز بهبة مال له فى أحد البنوك لأحد الأشخاص أو إبراء مدينه من الدين ، فهى تقع باطلة بطلاناً مطلقاً .

٣- **التصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر** : وتقع قابلة للابطال لمصلحة القاصر .

يكون التصرف القانونى دائراً بين النفع والضرر ، إذا كان من شأنه حصول الشخص على مقابل نظير افتقاره مع انتفاء نية التبرع ؛ لأنه يؤدى إلى انقاص حق من الذمة مقابل زيادة التزام فى ذمته ، ومثال هذه التصرفات البيع الذى بمقتضاه ينقل البائع ملكية المبيع ويحصل مقابل ذلك على الثمن الذى يؤديه المشترى ، ومثال ذلك أيضاً المؤجر الذى يعطى للمستأجر منفعة الشيء مقابل الحصول على الأجرة ، فكل هذه التصرفات تحتمل الكسب و

---

١٧٥ **انظر :** ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٦١٦ .
١٧٦ **انظر :** د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣١١ ، د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص١٥٨

تحتمل الخسارة ، فلا ينفذ التصرف إذا ابرمه القاصر إلا إذا وجده القاصر تصرفا مكسبا له و أجازه[١٧٧] .

مع الوضع فى الاعتبار ، أن الصبى المميز لا يعد عديم الأهلية بالنسبة لهذه التصرفات ، وإنما يعد ناقص الأهلية ، وبالتالى لا يجوز له أن يباشرها ، ومع ذلك إذا باشر أياً منها ، فلا يعد التصرف الصادر منه باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وإنما يعد باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحته ، حيث تنتج هذه التصرفات آثارها ، وإن أمكن بعد ذلك المطالبة بإبطالها ، بناء على من له مصلحة فى هذا البطلان ، وصاحب المصلحة قد يكون هذا الصبى المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد أو وليه أو وصيه[١٧٨] .

وقد أجاز القانون للصبى المميز مباشرة تصرفات معينة على سبيل الاستثناء ، حيث يقرر للصبى المميز أهلية أداء كاملة ، وخاصة بالنسبة للتصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر ، خروجاً على القاعدة الواردة فى المادة ١١١ من القانون المدنى المصرى .

١- تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال أن للقاصر الحق فى التصرف فيما يعطى إليه من أموال بغرض النفقة ، ويقع هذا التصرف صحيحاً ، وتتحدد مسئولية القاصر فى هذه الحالة بقدر ما أعطى إليه من أموال بقصد النفقة ، ويكون للقاصر الذى لم يبلغ سنه ٢١ سنة أهلية أداء كاملة بالنسبة لهذه التصرفات .

٢- وللقاصر أيضاً الذى بلغ الثامنة عشر أن يتجر إذا أذنته المحكمة فى ذلك وتقع تصرفاته التى يبرمها فى حدود هذا الإذن صحيحة .

---

١٧٧ **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٩٣ .

١٧٨ **انظر :** د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣١٢ .

٣- ما تنص عليه المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال من أنه " يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشر أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله أجراً أو غيره ، فمتى بلغ القاصر السادسة عشر من عمره ، فإنه يكون أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله الخاص ، وتكون له فى هذه الحدود أهلية أداء كاملة ، وتقع تصرفاته صحيحة .

ثالثاً : **البالغ الرشيد " كامل الاهلية "**

حيث تنص المادة ٤٤ من القانون المدنى المصرى على أن " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية،وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة".

كما تنص المادة ٤٧ من ذات القانون على انتهاء الوصاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر الوصاية عليه .

وتطبيقاً لهذه النصوص ، فإذا بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة ميلادية ، فإنه يكون بالغاً رشيداً ، ويجوز له أن يباشر كافة التصرفات القانونية فى أمواله شريطة أن يكون متمتعاً بقواه العقلية .

أما إذا كان القاصر مصاباً بعارض من عوارض الأهلية كجنون أو عته ، فللولى أو الوصى أن يطلب من المحكمة استمرار الولاية عليه حتى يزول هذا العارض ولو تجاوز سنه إحدى وعشرين سنه [١٧٩].

---

[١٧٩] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ ، د. ياسين يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢٤٠ .

الغصن الثانى

عوارض الأهلية

رغم بلوغ الشخص سن الرشد وهو إحدى وعشرون سنة ميلادية ، فقد يلحقه عارض من عوارض الأهلية فتفقده التمييز ، فيصبح عديم الأهلية ، وذلك فى حالة الجنون والعته ، أو تؤثر على حسن إدراكه وتدبيره للامور ، فيصبح ناقص الأهلية ، وذلك فى حالة السفه والغفلة [١٨٠].

وسنعرض فيما يلى لعوارض الأهلية :

١- الجنون والعته

الجنون هو مرض يصيب عقل الشخص فيعدمه التمييز ، ويفرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين الجنون المطبق والجنون المتقطع ، فالأول هو الجنون المستمر الذى لا تتخلله فترات إفاقة ، وفى هذه الحالة تكون تصرفات المجنون كلها باطلة بطلاناً مطلقاً ، وأما الجنون المتقطع الذى تتخلله فترات إفاقه ، ويعتبر فقهاء الشريعة الاسلامية أن ما يصدر من المجنون من تصرفات فى فترات الافاقة يكون صحيحاً ، وتبطل فى أوقات الجنون ، ولكن القانون المصرى لم يفرق بين الجنون المطبق والجنون المتقطع واعتبر تصرفات المجنون والمعتوه كلها باطلة متى صدرت بعد الحجر عليه[١٨١] .

---

[١٨٠] **انظر :** ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، دروس فى مبادىء القانون ، ص ٢٨٤ ؛ ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٤٠٩ ، ص ٦٣٠ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٤١ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، فقرة ١١٢ ، ص ٢٤١ ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، فقرة ١٨٠ ، ص ٣٤٠ ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٢٠ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ١٣٠ ، ص ٢٤٠ ، ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، فقرة ١٢٢ ، ص ١٩١ .

[١٨١] **انظر :** ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٤١٠ ، ص ٦٣٠ ؛احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٠١ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٨٤ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ١٣١ ، ص٢٤١ ؛

أما العته هو خلل يصيب عقل الشخص ، فيجعله قليل الفهم ، مضطرب التفكير ، فاسد التدبير.

وقد سوى المشرع بين المجنون والمعتوه من حيث أهلية الأداء ، فاعتبر كل منهما معدوم الأهلية لانعدام التمييز[١٨٢] . وقد نصت المادة ١/٤٥ مدنى بقولها " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو عته أو جنون ".

حكم تصرفات المجنون والمعتوه

حيث نصت المادة ١١٤ من القانون المدنى على حكم التصرفات التى تصدر من هؤلاء الأشخاص فقضت بأنه " ١- يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر ".

٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً ، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

ومن هذا النص يتبين أن المشرع يقيم تفرقة فى شأن تصرفات المجنون والمعتوه أساسها تسجيل قرار الحجر الصادر من المحكمة وذلك لإعلام الكافة وإمكان الاحتجاج عليهم بانعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، بحيث تعتبر كل تصرفاته التى تقع بعد هذا التسجيل باطلة شأنها فى ذلك شأن تصرفات الصبى غير المميز ، وذلك دون أن يملك المتعامل مع المجنون أو المعتوه أن

[١٨٢] **انظر :** ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٨٤؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، فقرة ١١٣ ، ص ٢٤١ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ ؛ احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٠٢.

يحتج بحسن نيته ، طالما كان فى إمكانه العلم بحالة الجنون والعته من تسجيل قرار الحجر [١٨٣].

ومن هذا المنطلق ، يجب التفرقة بين تصرفات المجنون والمعتوه التى تصدر بعد تسجيل قرار الحجر والتى تصدر قبل ذلك .

أولاً : حكم تصرفات المجنون أو المعتوه اللاحقة على تسجيل قرار الحجر

إذا كانت تصرفات المجنون أو المعتوة صادرة بعد تسجيل قرار الحجر ، فإنها تقع باطلة بطلاناً مطلقاً سواء كانت حالة الجنون أو العته شائعة أم غير شائعة وقت التعاقد وسواء كان المتعاقد الآخر على بينة من هذه الحالة أم كان يجهلها أى سواء كان حسن النية أو سيء النية بل حتى ولو كانت التصرفات نافعة نفعاً محضاً [١٨٤] .

فقد أقام المشرع قرينة قانونية قاطعة بعد تسجيل قرار الحجر بانعدام إرادة المجنون وعلى علم الغير بذلك ، فلا يستطيع المتعاقد مع المجنون أو المعتوه الاحتجاج بحسن نيته مادام كان يستطيع العلم من هذا التسجيل بتوقيع الحجر على المجنون أو المعتوه [١٨٥].

ثانياً : حكم تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر

إذا كانت تصرفات المجنون أو المعتوه صادرة قبل تسجيل قرار الحجر ، فإنها تكون صحيحة ، إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينه منها ، ويستهدف المشرع من ذلك الحفاظ على استقرار التعامل ، حتى لا يفاجأ العاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه ولم يكن فى مقدوره أن يعلم به ، ولكن إذا انتفى حسن النية بأن كانت

---

[١٨٣] **انظر :** د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٢٢ .
[١٨٤] **انظر :** د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٦٣ .
[١٨٥] **انظر :** د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٢٣ .

حالة الجنون شائعة ومعروفة للناس ، أو لم تكن شائعة ولكن الغير كان يعلم بها ، فإن المتعاقد مع المجنون فى هذه الحالة لا يكون فى حاجة إلى حماية ، ولذلك يعتبر التصرف باطلاً ، كالتصرف الذى يصدر بعد تسجيل قرار الحجر[١٨٦] .

٢- السفه والغفلة :

السفه هو التبذير فى انفاق المال على خلاف ما يقضى به العقل والشرع ، كمن يدمن المقامرة أو يبالغ فى التبرع[١٨٧] . أما ذو الغفلة هو إنسان طيب القلب إلى حد الغفلة ، بحيث يتولد عن طيبة قلبه الزائد أن يغبن فى معاملاته المالية ، فلا يقدر على التمييز بين الرابح والخاسر[١٨٨] .

وقد سوى القانون بين السفيه وذى الغفلة ، فاعتبر كلا منهما ناقص الأهلية ، كالصبى المميز . وهذا هو ما نصت عليه المادة ٤٦ مدنى بقولها " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون ".

حكم تصرفات السفيه وذو الغفلة

حيث نصت المادة ١١٥ من القانون المدنى على أنه " ١- إذا صدر التصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام .

---

[١٨٦] **انظر :** احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١٠٣ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص٢٨٥ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص٢٤٣ ؛ د. محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ، ص ١٦١ ؛ د. مصطفى محمد الجمال ؛ د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٤٥٧ .

[١٨٧] **انظر :** احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١٠٤ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص٢٤٤ ؛

[١٨٨] **انظر :** د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٦٥ .

٢– أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ، فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

وعلى ذلك ، فإن الحكم الذى يسرى على تصرفات السفيه أو ذى الغفلة ، يتوقف على ما إذا كان التصرف صادراً قبل أو بعد تسجيل قرار الحجر على النحو التالى :

أولاً : حكم التصرفات الصادرة من السفيه أو ذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر

التصرفات الصادرة من السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر ، لا تكون باطلة أو قابلة للإبطال ، إلا إذا كانت نتيجة غش أو تواطؤ ، بحيث إذا ثبت أن الطرف الآخر استغل حالة السفه أو الغفلة عند ابرام العقد أو اتفق مع السفيه أو ذي الغفلة على إبرام التصرف تفادياً لصدور قرار الحجر ، فإن التصرف فى هذه الحالة يعامل معاملة التصرف الصادر بعد تسجيل قرار الحجر[١٨٩] .

ثانياً : حكم التصرفات الصادرة من السفيه أو ذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر

التصرفات الصادرة عن السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر تأخذ حكم تصرفات الصبى المميز ، فتكون تصرفاته صحيحة أو باطلة أو قابلة للإبطال وفقاً لنوع التصرف ، فالتصرفات النافعة نفعاً محضاً ، كقبوله للهبة تكون صحيحة والتصرفات الضارة ضرراً محضاً ، كهبة ماله وإبرائه لمدينه

---

[١٨٩] **انظر :** ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٦٣٦ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى صادق ، مرجع سابق ، ص ٣٤٣ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢٤٦ ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص١٦٦ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٧١ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٠٦ .

تكون باطلة ، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحته[190] .

الاستثناءات : ويرد على هذه القاعدة العامة استثناءات نصت عليها المادة ١١٦ مدنى حين قررت أنه : ١- يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو الوصية صحيحاً متى أذنت المحكمة فى ذلك .

٢- وتكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسليم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

ويتضح من هذا النص ، أن القانون أجاز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة مباشرة بعض التصرفات بإذن من المحكمة وهذه التصرفات هى تسلم أمواله لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن الصبى المميز المأذون فى مباشرة أعمال الإدارة ، كما يجوز له أيضاً الوقف أو الوصية بإذن من المحكمة[191] .

---

[190] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٠٥ ؛ : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٦٣٥ ؛ د. محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ، ص ١٦٨ ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٦٦ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى صادق ، مرجع سابق ، ص٣٤٣ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص٢٨٦ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٧١ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ١٣٦ ، ص٢٤٦ .

[191] **انظر :** د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٢٤٦ ؛

الغصن الثالث

موانع الأهلية

قد يكتمل لدى الشخص البالغ الرشيد الإدراك والتمييز اللازمين للتمتع بأهلية مباشرة التصرفات القانونية ، ومع ذلك يقوم به مانع يحول دون مباشرته للتصرفات القانونية بنفسه ، وإنما يلزم حتى تعد تصرفاته صحيحة ، أن يقوم شخص آخر نيابة عنه فى إبرام هذه التصرفات [١٩٢].

وهذا المانع قد يكون طبيعياً كإصابة الشخص بعاهة أو عجز جسمانى ، وقد يكون المانع قانونياً كالحكم على الشخص بعقوبة جناية ، كما قد يكون المانع مادياً بغياب الشخص .

أولاً : المانع الطبيعى : " العاهة المزدوجة "

نصت المادة ١١٧ من القانون المدني المصرى على أنه:

١- " إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك " .

٢- " ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة " .

---

[١٩٢] **انظر :** ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، دروس فى مبادىء القانون ، ص ٢٨٧ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٤٤ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، فقرة ١١٥ ، ص ٢٤٧ ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، فقرة ١٨١ ، ص ٣٤٤ ؛ د. رمضان أبو السعود مرجع سابق ، ص ٣٣٠ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ١٣٧ ، ص ٢٤٧ ، ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٧٢ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٩٥ .

ويتضح من هذا النص ، أن الشخص الذي يصاب بعاهتين من هذه العاهات الثلاثة وهي الصمم والبكم والعمى ويتعذر عليه بسبب ذلك أن يعبر عن إرادته ، يجوز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته مساعدته فيها ، فمثل هذا الشخص يكون كامل الأهلية والإدراك والتمييز ؛ لأن إرادته سليمة إلا أنه يكون في وضع يستعصى عليه الانفراد بمباشرة هذه الأهلية ؛ بحيث يتعذر عليه أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً ولهذا فان مهمة المساعد القضائي هي معاونة من تقررت مساعدته وذلك بالاشتراك معه في إبرام التصرفات التي تقررت فيها المساعدة [١٩٣].

فإذا تقررت المساعدة القضائية بالنسبة لتصرف معين ، فلا يجوز أن يستقل بإجراء هذا التصرف الشخص الذى تقررت مساعدته ، بحيث إذا صدر منه بغير معاونة المساعد ، كان هذا التصرف قابلاً للإبطال متى صدر بعد تسجيل قرار المساعدة [١٩٤].

ب- المانع القانونى : الحكم بعقوبة جنائية

تنص المادة ٤/٢٥ من قانون العقوبات على أن كل حُكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من إدارة اشغاله الخاصة بأمواله واملاكه مدة اعتقاله ويعين المحكوم عليه ويعين قيما لهذه الإدارة تقره المحكمة ، فإذا لم تعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته فى غرفة مشورتها بناء

[١٩٣] **انظر :** د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ ؛ ا.د عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٢٨٧ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٤٥ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، فقرة ١١٦ ، ص ٢٤٨ ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص ٣٤٦ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ١٣٩ ، ص ٢٤٩ ، ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٧٣ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ ؛ د. محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ، ص ١٧٦ .

[١٩٤] **انظر :** د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٣٣ .

على طلب النيابة العمومية أو ذى مصلحة فى ذلك ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذى تنصبه بتقديم كفالة .

ويلاحظ أن المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، لا يجوز له أن يتولى إدارة أمواله مدة اعتقاله ، كما لا يجوز له مباشرة أعمال التصرف إلا بأذن من المحكمة ، فليس للمحكوم عليه أن يتولى إدارة أمواله ، طالما بقى تنفيذ العقوبة مستمراً ، وإنما يتولى ذلك بدلاً منه قيم يختاره المحكوم عليه بإذن من المحكمة ، فإذا لم يختار المحكوم عليه قيماً يقوم نيابة عنه بإدارة أمواله ، عينت له المحكمة قيماً بناء على طلب النيابة العامة أو ذوى الشأن ، ويظل هذا المانع قائماً ببقاء سببه [١٩٥] .

مع الوضع فى الاعتبار ، أن المعول عليه فى وجود هذا المانع هو الحكم بعقوبة جناية وهى الاعدام والاشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن ، بحيث إذا حُكم على الشخص بعقوبة الجنحة أو بعقوبة المخالفة ، فلا يوجد هذا المانع ، فقد يرتكب الشخص جناية ولكن لا يحكم عليه بعقوبة الجناية ، كما هو عليه الحال فى حالة الشروع تطبيقاً للفقرة الأخيرة من المادة ٤٦ عقوبات، وكما فى حالة تطبيق المادة ١٧ عقوبات الخاصة بالظروف المخففة ، حيث يستعاض بعقوبة الحبس عن عقوبتي الأشغال الشاقة والسجن .

وقد يرتكب الشخص جنحة ولكن يحكم عليه بعقوبة الجناية ، فيوجد هذا المانع ، كما فى حالة تطبيق المادة ٥١ عقوبات " الخاصة بالعود " ، حيث يستعاض بعقوبة الاشغال الشاقة عن عقوبة الحبس [١٩٦] .

---

[١٩٥] **انظر :** ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٧٥ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص٣٤٦ ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص١٦٨ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ١٤٨ ، ص٢٥٧ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، فقرة ١١٧ ، ص٢٥٠ ؛ عبد الودود يحيى ، د. نعمان جمعة ؛ مرجع سابق ، ص ٢٨٨ .

[١٩٦] **انظر :** ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، فقرة ١٤٨ ، ص٢٥٧

ج- المانع المادى : الغيبة

تنص المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال على أن :

تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية فى الاحوال الآتية متى كان قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحة :

أولاً : إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته .

ثانياً : إذا لم يكن له محل اقامة أو موطن معلوم أو كان له محل اقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية . واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى ادارتها .

وواضح من هذا النص ، أن الفقدان أو الغياب مانعاً مادياً يمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يقتضي وجود شخص ينوب عن المفقود أوالغائب في إدارة شؤونه لكي لا تتعطل مصالحهما أو مصالح غيرهما .

هذا ويراعى أن الغيبة مانع مؤقت تنتهى بزوال سببها ، حيث تنتهي حالة الفقدان أو الغياب بعودة المفقود أو الغائب أو بثبوت وفاته أو بالحكم باعتباره ميتاً إذا كان مفقوداً [١٩٧].

---

[١٩٧] **انظر :** ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص٣٤٦ ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص١٧٣ ؛ ا.د جلال العدوى ؛د. رمضان أبو السعود ؛ مرجع سابق ، ص ١٠٠ .

المبحث الثانى

الشخص الاعتباري

La personne morale

أولاً : المقصود بالشخص الاعتباري

الشخصية الاعتبارية هى الشخصية القانونية التى يتمتع بها الأشخاص الطبيعيين ، والتى ترمى إلى تحقيق هدف معين أو هى مجموعة من الأشخاص " كالشركات والجمعيات أو الأموال " كالأوقاف والمؤسسات ، ترمى إلى تحقيق غرض معين ، وتمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض [١٩٨].

فمثلاً ، إذا اتفق مجموعة من الأشخاص على تكوين شركة ، فإن هذه الشركة تظهر إلى الوجود فى شكل كائن مستقل عن الأشخاص المكونين لها ، أو الأشخاص الذين قدموا أموالها ، بمعنى أن هذه الشركة تكون لها ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لهؤلاء الأشخاص ، كما يكون لها اسم خاص بها ، وموطن مستقل ، وأهلية مستقلة ، وغير ذلك من خصائص الشخصية القانونية وتستقل بذلك عن الشخصية القانونية للأشخاص المكونين لها[١٩٩] .

ثانياً : أهمية فكرة الشخص الاعتباري

الأصل أن الإنسان وحدة بصفته كائناً بشرياً ، يتمتع بالشخصية القانونية التى تمكنه من أن يكون طرفاً من أطراف الحق . والإنسان يعد شخصاً طبيعياً ، ولكن تبين منذ الأزل أن الإنسان ، كشخص طبيعى ، عاجز بمفردة

---

[١٩٨] **انظر :** ا.د جلال العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص١١٥ ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٤٨ .

[١٩٩] **انظر :** د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٣٠٤ .

عن تحقيق أهدافه وغاياته ، ومن ثم كان لابد من أن يظهر إلى جانب الإنسان مجموعة من الأشخاص أو الأموال من أجل تحقيق تلك الأهداف والغايات [٢٠٠].

وهكذا ، وبحكم الضرورات العملية ولتحقيق فائدة بني البشر ، ظهر إلى جانب الإنسان كشخص قانونى أشخاص قانونية أخرى ، تتمتع بكيان مستقل عن كيان الأفراد ، أطلق عليه : الشخص الاعتباري[٢٠١] .

وفى دراستنا للأشخاص الاعتبارية ، سوف نبدأ فى مطلب أول بدراسة وجود الشخص الاعتبارى ، ثم نعرض فى مطلب ثان لخصائص الشخص الاعتباري .

---

٢٠٠ **انظر :** ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص٩٨٢ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١١٢ .

٢٠١ **انظر :** ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٢٧١ .

المطلب الأول

وجود الشخص الاعتبارى

أولاً : بداية الشخصية الاعتبارية

يرتكز وجود الشخص الاعتبارى على توافر عنصرين احدهما موضوعى والاخر شكلى .

أما العنصر الموضوعي فيتمثل فى وجود مجموعة من الأشخاص أو الأموال لتحقيق غرض معين وهذه المجموعة من الأشخاص قد تأخذ شكل شركة مدنية أو تجارية أو جمعية أو مؤسسة ، مثال ذلك إنشاء شركة تجارية لإنتاج السماد مثلاً أو إنشاء جمعية خيرية لتحفيظ القرآن الكريم أو إنشاء مؤسسة لإدارة مستشفى ، ويشترط فى الغرض الذى تسعى إليه هذه المجموعة أن يكون ممكناً ومشروعاً ، وقد يكون هذا الغرض عاماً أو خاصاً ، كما قد يكون مالياً أو سياسياً أو اجتماعياً ولكن يشترط إلا يكون الغرض فردياً خاص بفرد واحد لأن هذا يتنافى مع طبيعة الشخص الاعتبارى[٢٠٢] .

أما العنصر الشكلى اللازم لوجود الشخص الاعتبارى هو اعتراف الدوله به ، وقد يكون هذا الاعتراف عاماً أو خاصاً ، ويكون الاعتراف عاماً إذا كان القانون يحدد شروطاً معينة لثبوت الشخصية القانونية للشخص الاعتبارى ، بحيث إذا توافرت ينشأ الشخص الاعتبارى بقوة القانون ، دون

---

[٢٠٢] **انظر :** ا.د نعمان جمعة ، مرجع سابق ، ص ٥٠٨ ؛ ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ١١٦ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١١٦ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٣٢١ .

حاجة إلى تدخل من سلطات الدولة لإصدار قرار خاص بمنحها هذه الشخصية[٢٠٣] .

ويكون الاعتراف خاصاً إذا كان قيام الشخص الاعتبارى يستلزم صدور ترخيصاً خاصاً من جانب إحدى السلطات العامة ، نذكر من ذلك على سبيل المثال ، أن انشاء شركات المساهمة الخاصة يتوقف على صدور ترخيص من السلطة الادارية ، وانشاء الهيئات والمؤسسات العامة واكتسابها للشخصية المعنوية يتوقف على صدور قرار من رئيس الجمهورية[٢٠٤] .

ثانياً : نهاية الشخصية الاعتبارية

تنتهى الشخصية الاعتبارية بأحد الأسباب الآتية :

- انتهاء الأجل : ينتهى الشخص الاعتبارى بانتهاء الأجل المحدد له فى سند انشائه .
- **تحقق الغرض أو استحالته** : ينتهى الشخص الاعتبارى بتحقيق الغرض الذى أنشىء من أجله أو إذا ثبت استحالة تحقيق هذا الغرض [٢٠٥].
- **الحل** : تنتهى الشخصية الاعتبارية قبل موعدها عن طريق الحل أو سحب الاعتراف بها ، وهذا الحل قد يكون اختيارياً باتفاق أعضائه ، وقد يكون الحل إجبارياً أى بحكم قضائى ، وذلك متى خالف الشخص الاعتبارى القانون أو النظام العام أو الآداب ، أو إذا وجد مسوغ خطير يبرر ذلك[٢٠٦] .

[٢٠٣] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١١٧ ؛ : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٦٩٤ ؛ د. محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ، ص ٢١٥ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى صادق ، مرجع سابق ، ص٣٥٤ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٧٦ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٢٧٤؛ ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ١١٧ .

[٢٠٤] **انظر :** ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ١١٧ .

[٢٠٥] **انظر :** ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٢٧٥ .

[٢٠٦] **انظر :** ا.د احمد عبد الحميد عشوش ، د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٦٦ .

ويتعين تصفية أموال الشخص الاعتبارى وتوزيع ما تبقى من أمواله ، إذا تحقق سبب من أسباب انتهائه ، وقد يترتب على ذلك بقاء الشخص الاعتبارى بالقدر اللازم لأعمال التصفية ، على أن يوزع ما تبقى من أموال الشخص الاعتبارى وفقاً للتحديد الوارد فى سند إنشائه ، مع مراعاة القيود التى نص عليها القانون فيما يتعلق بتوجيه هذه الأموال المتبقية كما هو الشأن فى الجمعيات ؛ حيث لا يجوز أن تؤول هذه الأموال إلى أعضاء الجمعية أو إلى ورثتهم أو أسرهم ، بل إلى غرض آخر من أغراض الجمعية[٢٠٧] .

[٢٠٧] **انظر :** ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٦٩٦ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١١٨ ؛ ا.د أحمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص٣٦٦ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٢٧٥ .

المطلب الثانى

خصائص الشخص الاعتباري

يترتب على الاعتراف لجماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال بالشخصية القانونية ، أن تكون فى نظر القانون لها شخصية قانونية متميزة عن شخصية الأعضاء المكونة لها . وتصبح بالتالي صالحة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وأهلاٌ لمباشرة التصرفات القانونية[٢٠٨] ، وأهم حقوق الشخص الاعتباري وخصائصه هى الآتية :

– اسم الشخص الاعتباري

يتمتع الشخص الاعتباري ، على غرار الشخص الطبيعى ، باسم يتميز به ، وهو مستمد غالباً من الغرض الذى أنشئ الشخص الاعتباري من أجله[٢٠٩] .

فمثلاٌ ، تتخذ شركات الأموال اسماٌ لها يستمد من الغرض الذى ترمى إليه هذه الشركات ، وكذلك الشأن بالنسبة لاسم الجمعيات والمؤسسات ، حيث يتم وضعه بناء على الغرض الذى أنشأت من أجله ، بينما يكون اسم شركات الأشخاص عبارة عن اسم أحد الشركاء المؤسسين مع إضافة عبارة وشركاه لتمييز اسم الشخص المعنوى واستقلاله عن شخصية الأشخاص المكونين له[٢١٠] .

---

[٢٠٨] **انظر :** ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ١٧٧ .

[٢٠٩] **انظر :** ا.د أحمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٥٨ ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٥٥ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ٢٢٤ .

[٢١٠] **انظر :** د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٨٣ .

ويضفى المشرع الحماية القانونية على اسم الشخص الاعتبارى ، كما هو مقرر بالنسبة للشخص الطبيعى ، حيث يجوز لممثليه طلب وقف الاعتداء على اسمه ، ولو لم يصب بضرر ناتج عن الاعتداء ، فضلاً عن الحق فى التعويض عما لحقه من ضرر بسبب الاعتداء على اسمه [٢١١].

مع الوضع فى الاعتبار ، أن الحق فى الاسم بالنسبة للشخص الطبيعى يُعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ومن ثم فلا يجوز التصرف فيه ، بينما الاسم بالنسبة للشخص الاعتبارى أو المعنوى يُعد من الحقوق المالية ، ومن ثم يجوز التصرف فيه بالبيع مثلاً باعتباره من أحد السمات المميزة للمحل التجارى ، وهذا يقتصر على الشركات التجارية ، أما اسماء الجمعيات والمؤسسات ، فإن الحق فى الاسم بالنسبة لها يظل من قبيل الحقوق اللصيقة بالشخصية ، لأنها أنشئت فى الأصل بغرض لا يهدف إلى تحقيق الربح ، ومن ثم فلا يجوز لها أن تتصرف فى أسمائها للغير [٢١٢] .

– موطن الشخص الاعتباري

تنص المادة ٥٣/ د من القانون المدنى المصرى على أن موطن الشخص الاعتباري هو المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته . أما بالنسبة للشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر ، فيعتبر مركز إدارتها فى نظر القانون الداخلى ، المكان الذى يوجد فيه الإدارة المحلية للشركة .

---

[٢١١] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١٢٠ ؛ ا.د نعمان محمد خليل جمعة ، مرجع سابق ، ص٥١٦ ؛ د.ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٣٢٦ .

[٢١٢] **انظر :** ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، فقرة ٤٦٠ ، ص ٩٩٨ ، ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١٢٠ ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٨٣؛ د.ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٣٢٧ ؛ د. رمضان أبوالسعود ، مرجع سابق ، ص ٣٥٦ .

وعلى ذلك ، فإن للشخص الاعتباري موطن خاص به مستقل عن موطن الشركاء أو المساهمين ، ويتحدد موطن الشخص الاعتباري بالمكان الذى يوجد فيه مركز إدارة الشركة ، ويقصد بمركز الإدارة " المركز الرئيسى للشركة " ، وإذا تعددت فروع الشخص الاعتبارى ، اعتبر موطناً له المكان الذى يوجد فيه كل فرع بالنسبة لما يتعلق بهذا الفرع من أوجه نشاط مختلفة[٢١٣] .

ومن أهم آثار الموطن تعيين المحاكم المختصة محلياً للنظر فى الدعاوى التى ترفع على الشخص الاعتبارى ، حيث تنص المادة ٥٢/٢ مرافعات على أنه " يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك فى المسائل المتصلة بهذا الفرع ".

– الذمة المالية للشخص الاعتبارى

لما كان الشخص الاعتبارى يتمتع بكيان مستقل واسم خاص به ، فإن له ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للأشخاص المكونين له ، أو الأشخاص القائمين على ادارته ، ولا يجوز لدائنى الشخص الاعتبارى الرجوع على هؤلاء الأشخاص ومطالبتهم بسداد ديون الشخص الاعتبارى من أموالهم الخاصة ، كما أنه يمتنع على دائنى الشخص الاعتبارى مطالبة الأشخاص المكونين له بالديون المستحقة عليهم فيما لا يتعلق بنشاط الشخص الاعتبارى[٢١٤]. ولكن هناك استثناء على هذا المبدأ فيما يتعلق بشركات

[٢١٣] **انظر :** ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٧٩ ؛ د. رمضان أبوالسعود ، مرجع سابق ، ص٣٦١ ؛ ا.د جلال على العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ ؛ د.ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٣٢٨ .

[٢١٤] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١٢١ ، ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ١٨١ ؛ .د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٧٧ ؛ د.ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص٣٢٨ ؛ ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ٢٢٧ ؛ ا.د جلال على العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص١٢١

الأشخاص التى تقوم على الاعتبار الشخصى ، إذ يسأل الشركاء المتضامنون عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة ، إذا لم تكف أموال الشركة لسداد هذه الديون ، حيث يعتبر الشركاء بمثابة ضامنين لهذه الديون ، وتكون الشركة هى المدين الأصلى [٢١٥].

– حق التقاضى

يتمتع الشخص الاعتبارى بحق التقاضى ، ويمكن هذا الحق الشخص الاعتبارى من المثول أمام القضاء باسمه الشخصى وبشكل مستقل عن أعضائه ، فللشخص الاعتبارى أن يقاضى وأن يتقاضى ، وترفع الدعاوى منه أو عليه باسم من يمثله قانوناً [٢١٦].

– أهلية الشخص الاعتبارى

يتمتع الشخص الاعتبارى بأهلية وجوب وأهلية أداء ؛ حيث إنه يعتبر أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات من جهة " أهلية الوجوب " ، ويمكن له من جهة ثانية مباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه "أهلية أداء " ، ولكن لا تثبت الأهلية بنوعيها للشخص الاعتبارى فى حدود الغرض الذى أنشىء من اجله ، فلا يجوز مثلاً لشركة غرضها بيع السيارات وتأجيرها أن تقوم ببيع العقارات وتأجيرها ؛ ولا يجوز لجمعية دينية أن تقوم بأعمال تجارية تجنى من ورائها أرباحاً ؛ لأن هذا العمل لا يدخل فى حدود الغرض الذى أنشىء من اجله [٢١٧] .

---

[٢١٥] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١٢١ ؛ د. رمضان أبوالسعود ، مرجع سابق ، ص ٣٦٢ ؛ د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٨٧ .

[٢١٦] **انظر :** ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٨٧ .

[٢١٧] **انظر :** ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٨٧ .

مع الوضع فى الاعتبار ، أنه ليس هناك ما يمنع الشخص الاعتبارى من القيام ببعض الأعمال التى لا تدخل بصفة أساسية فى حدود الغرض الذى أنشئت من أجله متى كانت مرتبطة به أو من مستلزماته ، وترتيباً على ذلك ، لا يجوز للشركة أن ترفض بناء مستشفى لعمالها ؛ لأن هذا العمل يتعارض مع مبدأ التخصيص الذى أنشئت من أجله .

الفصل الثانى

محل الحق وحمايته

قد يكون محل الحق المالى شيئاً من الأشياء ، وقد يكون عملاً يقوم به المدين ، ولحماية الحق وسائل هى الدعوى ، ولا يتحقق لصاحب الحق حمايته إلا إذا لم يكن متعسفاً فى استخدامه ، فالتعسف فى استعمال الحق يترتب علية مطالبة المتعسف بالتعويض .

وسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث ، حيث نتعرض فى المبحث الأول إلى تقسيم الأشياء من حيث تعيينها واستعمالها ثم فى الثانى إلى تقسيم الأشياء من حيث ثباتها ثم فى الثالث إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق .

المبحث الأول

تقسيم الأشياء من حيث تعيينها واستعمالها

تنقسم الأشياء من حيث تعيينها إلى أشياء مثلية وأخرى قيمية ، كما تنقسم من حيث استعمالها إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك .

المطلب الأول

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

تنقسم الأشياء من حيث تعيينها إلى مثلية وقيمية . فما هو المقصود بهذا التقسيم ، وما هى الآثار التى تترتب عليه .

أولاً : المقصود بالأشياء المثلية والأشياء القيمية

الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء بها لتوافر نظائر لها من جنسها ، والتي تقدر عادة بالتعامل بين الناس بالعدد كالبرتقال و الليمون أو المقاس ، كالأقمشة بأنواعها أو الكيل كالقمح والحبوب أو الوزن كالقطن والذهب والفضة [٢١٨].

أما الأشياء القيمية فهي التي تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به فلا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء لعدم وجود نظائر لها من جنسها كمنزل أوأرض أو حيوان فهذه الأشياء تتعين بذاتها ولا يكون تقديرها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن .

---

[٢١٨] **انظر :** د . محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ .

ثانياُ : الآثار التى تترتب على هذا التقسيم وأهميتة

١ - من حيث الوفاء:

يلزم الوفاء بذات الشيء القيمى المتفق عليه ، أما إذا كان الشيء مثلياُ ، فان المدين يستطيع أن يبرىء ذمته ، إذا قدم أي شيء آخر مماثل له في النوع والمقدار .

٢ -من حيث الهلاك:

إذا هلك الشيء المثلي لا تبرىء ذمة المدين وعليه أن يقدم مثله ، حيث أن المثليات لا تهلك ، وذلك لوجود مثل الشىء الذى هلك ، أما إذا هلك الشيء القيمي الذي التزم المدين بتسليمه بسبب أجنبي لا يد له فيه ، أنقضى بذلك التزامه لاستحالة تنفيذه [٢١٩].

-من حيث انتقال الملكية:

تنتقل ملكية المنقول القيمى ، حيث يكون معيناً بالذات بمجرد التعاقد[٢٢٠] ، أما إذا كان المنقول معيناً بالنوع أي شيء مثلي كمقدار من القمح فان الملكية لاتنتقل إلا بالإفراز[٢٢١].

[٢١٩] **انظر :** ا.د نعمان محمد خليل جمعة ، مرجع سابق ، ص ٥٤٥ .

[٢٢٠] حيث تنص المادة ٢٠٤ من القانون المدنى المصرى على أن " الإلتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ".

[٢٢١] بينما تنص المادة ٢٠٥ من القانون المدنى المصرى على أنه "

المطلب الثانى

الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك

تنقسم الأشياء من حيث استعمالها إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك . فما هو المقصود بهذا التقسيم ، وما هى أهميته .

أولاً : أساس تقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي تستهلك بمجرد استعمالها العادى أعدت له ، فهي لا تحتمل أكثر من استعمال واحد فتستهلك بهذا الاستعمال ويمكن أن يكون استهلاكها على صورتين: الاستهلاك المادي الذي يكون بالقضاء على مادة الشئ كالأكل الطعام أو حرق الوقود والاستهلاك القانوني ، كالنقود التى يتمثل استعمالها فى إنفاقها[٢٢٢] .

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تهلك بمجرد استعمال واحد لها ، حتى ولو ترتب على استعمالها نقصان قيمتها ، ومثالها الأرض والمنازل والسيارات والملابس والمفروشات والآلات والكتب [٢٢٣] .

---

[٢٢٢] **انظر :** ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٧٤٤ .
[٢٢٣] **انظر :** د . محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص١٩٥ .

المبحث الثانى

تقسيم الأشياء من حيث ثباتها

يقسم القانون المدنى الأشياء إلى عقار ومنقول ، ولقد أخذ المشرع بمعيار الثبات كفيصل للتفرقة بين العقار والمنقول . حيث نصت المادة ١/٨٢ مدنى مصرى على أنه " كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك فهو منقول " .

يتضح من هذا النص ، أن العقار بطبيعته هو كل شىء ثابت لا يمكن نقله دون تلف ، أما المنقول بطبيعته فهو كل شىء يمكن نقله دون تلف .

وقد يعتبر القانون بعض المنقولات عقارات بالتخصيص ؛ وهذا هو ما نصت عليه المادة ٢/٨٢ مدنى بقولها " ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذى يضعه فى عقار يملكه ، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله "[٢٢٤]. وندرس فى المطلب الأول العقار وأنواعه ثم فى المطلب الثانى المنقول وأنواعه .

[٢٢٤] **انظر :** د .حسين النورى ، مبادىء فى القانون ، مكتبة عين شمس ، ١٩٧٥ ، ص ٦١ .

المطلب الأول

العقـــارات

Les immeubles

قد يكون العقار عقاراً بطبيعته ، وقد يكون عقاراً بالتخصيص

أولاً : العقار بطبيعته

هو كل شيء له صفة الاستقرار فى مكان معين ، بحيث لا يمكن نقله منه ، دون أن يتعرض للتلف [٢٢٥]، عند نقله من مكانه الأصلى[٢٢٦] . فإذا كان الشيء مما يمكن نقله من مكان لآخر دون أن يتعرض للتلف ، فإنه لا يعد عقاراً بطبيعته عربات النوم التى تقطر سيارات الركوب ، حيث يمكن تحريكها دون تلف أو كسر ودون أن تتغير معالمها[٢٢٧] وكذلك المبانى الخشبية المصممة بحيث تحتمل الحل وإعادة التركيب. والخيام المثبتة فى الأرض كخيام البدو والجوالة والمصطفين والتى يمكن نقلها من مكانها دون تلف تعتبر من المنقولات لا من العقارات ، أما المبانى التى لا يمكن نقلها دون تلف فتعتبر عقاراً ، ولو كانت معدة لمدة قصيرة مثل المعارض[٢٢٨] .

ويمكن تقسيم العقارات بطبيعتها إلى ثلاثة أشياء :

---

[٢٢٥] **انظر :** د. مصطفى محمد الجمال ؛ د. عبد الحميد محمد الجمال : النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، ١٩٨٧ ، ص ٣٨١ .

[٢٢٦] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١٣٨ .

[٢٢٧] **انظر :** ا.د نعمان محمد خليل جمعة ، مرجع سابق ، ص ٥٣٦ .

[٢٢٨] **انظر :** ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٧٤ .

١) الأراضى

تعتبر الأراضى بجميع أنواعها عقارات بطبيعتها ، سواء أكانت أراضى زراعية أم صحراوية أو معدة للبناء وسواء وجدت فى المدن أو القرى ، وبغض النظر عن قيمتها [٢٢٩].

وإذا كانت الأرض عقاراً ، فإن ما يوجد فى باطنها يعد عقاراً كذلك ، حيث تعد المناجم والمحاجر عقارات بطبيعتها طالما أنها متصلة بالأرض اتصال قرار ، ولكن ما يستخرج منها من معادن أو خامات أو أحجار يعتبر من المنقولات بمجرد فصله عنه [٢٣٠].

ولا تعد الكنوز أو الآثار المدفونة فى باطن الأرض عقارات ؛ حيث تحتفظ بصفتها كمنقولات ، إذ أن هذه الأشياء لها ذاتية مستقلة ، فهى لا تتصل بالأرض اتصال قرار ، ومن ثم فهى تعتبر من المنقولات [٢٣١].

٢) المبانى

تعتبر المبانى أيا كان طبيعتها وأيا كان الغرض منها عقارات بطبيعتها إذا اتصلت بالارض اتصال قرار ، وهى تشمل دور السكن والمخازن والمصانع وأيضاً المنشآت الثابتة فوق الأرض أو تحتها كالخزانات والقناطر والجسور والانفاق والآبار وغيرها . وبصرف النظر عن طول مدة هذا الاستقرار ، كالمبانى التى تقام مدة المعرض ثم تزول بزواله [٢٣٢]، ويعتبر من

---

[٢٢٩] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١٣٨ ؛ د. مصطفى أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٨١ ؛ ا.د حسام الدين الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨ .

[٢٣٠] **انظر :** ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٢٩٩ .

[٢٣١] **انظر :** ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٧٥٤ ؛ ا.د حمدى عبد الرحمن أحمد ؛ د. ميرفت ربيع عبد العال ، مرجع سابق ، ص ٤٤٣ .

[٢٣٢] **انظر :** د .حسين النورى ، مرجع سابق ، ص ٩٢ .

المبنى كافة الأجزاء المكونة له ولو كان فى الإمكان فصلها ، طالما أنها متصلة بهذا البناء ، مثل الشبابيك والابواب والمصاعد [٢٣٣].

٣) النباتات

يدخل فى وصف العقار بطبيعته النباتات المتصلة بالأرض بحيث لا يجوز نقلها من مكانها دون تلف ، فالاشجار والمزروعات المتصلة بالأرض والمحاصيل والثمار الموجودة على فروعها والمتصلة جذورها بالأرض تعتبر من العقارات [٢٣٤]. أما إذا انفصلت عنها مثل الأشجار بعد قطعها ، والحاصلات والثمار بعد جنيها ، فقدت صفتها كعقار وأصبحت منقولاً ، بغض النظر عن الكيفية التى تم بها هذا الانفصال سواء كان بفعل الإنسان أو الطبيعة ، كما إذا سقطت بفعل الرياح أو الهواء أو الزلازل [٢٣٥].

ولا تعد عقاراً النباتات التى توضع فى القصارى أو الأوعية حتى ولو وضعت هذه الأوعية فى الأرض ودفنت فيها ، طالما أنها ليست مثبته فى الأرض [٢٣٦].

ولا يؤثر فى ذلك ، قصر مدة بقاء النباتات فى الأرض ، فهى عقار طال الزمن أو قصر ، فلا يهم بعد ذلك صغر النبات أو كبره ، أو الغرض من زراعته ، أو شخص الزارع مالكاً كان للأرض ام منتفعاً أم محتكراً لها أم مستأجراً [٢٣٧].

---

[٢٣٣] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٣٩ .
[٢٣٤] **انظر :** ا.د حسام الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٣٤٠ .
[٢٣٥] **انظر :** ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٣٠١ ؛ د. محمد نصر الدين منصور ، مرجع سابق ، ص ٣٥٩ .
[٢٣٦] **انظر :** ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٧٥٤ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٣٠١ .
[٢٣٧] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١٣٩.

ثانياً : العقارات بالتخصيص immeuble par destination

قد يكون الشىء منقولاً بطبيعته يرصده صاحبه لخدمة عقار مملوك له ، عندئذ يسمى هذا المنقول عقاراً بالتخصيص ، ولقد عرفت الفقرة الثانية من نص المادة ٨٢ من القانون المدنى العقار بالتخصيص بأنه " المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار واستغلاله ".

وبالتالى ، فإن العقار بالتخصيص هو فى الأصل منقول ، يعتبره القانون بمثابة عقار ، حيث يرصد لخدمة العقار واستغلاله . ومثال ذلك آلة زراعية يخصصها مالكها لخدمة أرض زراعية أو لخدمة مصنعه[٢٣٨] .

شروط إعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص

حتى يكتسب المنقول وصف العقار بالتخصيص يجب أن تتوافر له عدة شروط نجملها فيما يلى :

١) اتحاد ملكية العقار والمنقول

يجب أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد ، فلا يثبت وصف العقار بالتخصيص للدابة أو السيارة المخصصة لخدمة الأرض أو المصنع ، طالما أنها مملوكة لمستأجر هذه الأرض أو المصنع ، وليست لمالك هذا أو ذاك[٢٣٩] . وكذلك لا يكسب وصف العقار بالتخصيص المنقولات التى يضعها مالك العقار فيه إذا كانت مملوكة للغير . فإذا استأجر مالك العقار محراثاً ليرصده لخدمة عقاره ، فإن ذلك المحراث لا يكسب وصف العقار بالتخصيص لانتفاء شرط اتحاد المالك [٢٤٠].

---

[٢٣٨] **انظر :** د. مصطفى محمد الجمال ؛ د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٣٨١ .

[٢٣٩] **انظر :** د. مصطفى محمد الجمال ؛ د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٣٨٢ .

[٢٤٠] **انظر :** ا.د حسام الأهوانى ، مرجع سابق ، ص ٣٤٤ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٣٧٧ .

والحكمة من ذلك ، أن المشرع اراد باعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص أن تلحق هذه المنقولات بالعقارات عند التنفيذ على العقار أو التصرف فيه ، ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان مالك العقار هو مالك المنقول المخصص لخدمته أو استغلاله [٢٤١].

٢) تخصيص المنقول لخدمة العقار واستغلاله

لا يكفى ، لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ، اتحاد مالك العقار والمنقول ، وإنما يشترط بالاضافة إلى ذلك أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار أو استغلاله . ويتفرع عن هذا الشرط ما يأتى :

أ) أن يكون التخصيص بواسطة مالك العقار

يجب أن يتم التخصيص بإرادة المالك ، ويفترض ذلك أن إرادة المالك هى التى اتجهت إلى ربط المنقول بالعقار[٢٤٢] . فإذا ما تصورنا أن شخصاً استأجر من آخر أرضاً زراعية ثم أستأجر منه من بعد دابة وخصصها لخدمة الأرض المذكورة ، فإنها لا تعتبر عقاراً بالتخصيص ، رغم وحدة المالك ، لصدور التخصيص من المستأجر وليس من المالك [٢٤٣].

ب) أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار أو استغلالة لا لتحقيق مصالح المالك الشخصية

يجب أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار أو استغلاله ، فإذا كان الأمر يتعلق بمنقول مخصص لخدمة صاحب العقار شخصياً ، فإنه لا يعتبر عقاراً بالتخصيص ، وتطبيقاً لذلك ، لا يعتبر الأثاث الذى يضعه مالك العقار لاستعماله الشخصى عقاراً بالتخصيص ، فالأثاث تم وضعه لخدمة مصالح

---

[٢٤١] **انظر :** د. عبد الودود يحيى ، نعمان جمعة ، مرجع سابق، ص٣٢٠ ؛د. نعمان محمد خليل جمعة ، مرجع سابق ، ص ٥٣٧

[٢٤٢] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١٤١.

[٢٤٣] **انظر :** د. مصطفى محمد الجمال ؛ د. عبد الحميد محمد الجمال ، مرجع سابق ، ص ٣٨٢ .

المالك الشخصية واستعماله لا لخدمة العقار واستغلاله [٢٤٤]. أما إذا اعد المالك البناء لكى يكون فندقاً ، فإن المنقولات " الأثاث " التى توضع فيه تحقق خدمة العقار ذاته واستغلاله ، وتصبح بالتالى عقارات بالتخصيص [٢٤٥].

---

[٢٤٤] **انظر :** ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٧٦١ .
[٢٤٥] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص١٤٢.

المطلب الثانى

المنقولات *les meubles*

تنقسم المنقولات إلى منقولات بطبيعتها ومنقولات بحسب المآل

أولاً : المنقول بطبيعته

هو كل شيء مستقر ويمكن نقله من مكانه دون أن يصيبه تلف . مثل الحيوانات والسيارات والسفن والطائرات ، وكذلك الكتب والبضائع والمأكولات ، ويعد من المنقولات أيضاً ، الأشياء المعنوية مثل المصنفات والاختراعات والعلامات التجارية [٢٤٦].

ثانياً : المنقول بحسب المآل meuble par anticipation

المنقولات بحسب المآل هى أشياء بحسب طبيعتها العقارات ولكنها ستفقد صفتها كعقار فى وقت قريب بمجرد انفصالة عن الأرض وستصبح من المنقولات بحسب ما سيؤول إليه .

مثال ذلك الأشجار المعدة للقطع والمبانى المعدة للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للحصاد . فبالرغم من أن هذه الأشياء تعتبر من العقارات إلا أنها ستتحول إلى منقولات بحسب المآل [٢٤٧] .

شروط المنقول بحسب المآل :

يلزم شرطان لاعتبار العقار بمثابة منقول بحسب المآل :

١– أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى اعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل ، فلا تكفى النية أو الرغبة أو الإرادة غير الواضحة ، حيث يلزم أن يكون القصد

---

[٢٤٦] **انظر :** ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ سعيد فهمى الصادق ، مرجع سابق ، ص ٣٧٥ .

[٢٤٧] ا.د ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٣٨٠ .

الحقيقى هو فصل الشيء عن الأرض ، فمثلاً من يبيع لشخص بناء مع الاحتفاظ بملكية الأرض ، فإن ذلك لا يعنى أن هذا المنزل سيتحول إلى أنقاض ، فقد يكون الغرض من ذلك هو فصل ملكية الرقبة عن ملكية المنفعة ، ولكن يعتبر المنزل فى المثال السابق منقولاً بحسب المآل ، إذا كان الاتفاق واضحاً فى أن شراء المنزل لهدمه والحصول على انقاضه .

٢- أن يكون انفصال الشيء عن الأرض أمر محقق الوقوع فى وقت قريب ، فمثلاً من يبيع أنقاض منزل للعثور على منزل آخر أو على أن يتم التسليم بعد بناء مسكن آخر فى ظرف خمس سنوات ، ففى مثل هذه الحالة لا يعتبر المنزل منقولاً بحسب المـــآل ، وقرب الوقت أو بعده مسألة تقديرية متروكة لقاضى الموضوع يحسمها بحسب ظروف الواقع [٢٤٨].

ثالثاً : أهمية تقسيم الاشياء إلى عقارات ومنقولات

هناك مجموعة من النتائج تترتب على تقسيم الاشياء إلى عقارات ومنقولات ، نذكر منها على سبيل المثال [٢٤٩]:

١- إن بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على العقارات، كالرهن الرسمي، وحق الاختصاص، وحق الارتفاق وحق السكنى ، هذه الحقوق لا يمكن أن ترد على المنقول .

[٢٤٨] **انظر :** ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ١٨٦ ؛ ا.د محمد شكرى سرور، مرجع سابق ، ص ٢٦٦ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٤٥ ؛ : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٧٧١ ؛ د. محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ، ص ٣٦٩ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٣١٨

[٢٤٩] انظر : ا.د محمد شكرى سرور، مرجع سابق ، ص ٢٦٧ ؛ ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٤٦ ؛ : ا.د عبد المنعم البدراوى ، مرجع سابق ، ص ٧٧٣ ؛ د. محمد نصر رفاعى ، مرجع سابق ، ص ٣٧٠ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى صادق ، مرجع سابق ، ص٣٧٦ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص١٩٤ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٣٢١ ؛ ؛ ا.د جلال العدوى ، د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ١٨٦ ؛ د. ياسين محمد يحيى ، مرجع سابق ، ص ٣٨٠ .

٢- تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته بالعقد وملكية المعين بنوعه بالإفراز، أما ملكية العقار فلا تنتقل إلا إذا تم شهرها عن طريق التسجيل .

٣- الشفعة ترد على عقار دون منقول، وهي رخصة تجيز للشريك أو الجار الحلول محل مشتري العقار.

٤- قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، قاعدة خاصة باكتساب المنقولات، أما العقارات فتكتسب بالتقادم التى تتحدد بحسب الأصل بخمسة عشر عاماً .

٥- يكون النظر في الدعاوى العقارية من اختصاص المحكمة التي يوجد فى دائرتها العقار، بينما في المنقول يكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه ؛ لأنه من الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول .

المبحث الثالث

التعسف فى استعمال الحق

فقد أهتم المشرع فى القانون المدنى المصرى بنظرية التعسف فى استعمال الحق ؛ حيث نصت المادة ٤ منه على أن " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً ، لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر ".

أولاً : حالات التعسف فى القانون المدنى المصرى

حيث نصت المادة الخامسة على أن " يكون استعمال الحق غير مشروع فى الحالات الآتية :

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البته مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .
- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة .

وبناء على ذلك ، نتعرض لحالات التعسف فى استعمال الحق على النحو التالى:

الحالة الأولى : قصد الإضرار بالغير

حيث يُعد استعمال الحق غير مشروع " إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير " ، فإذا توفر لدى الشخص هذا القصد ، اعتبر استعماله للحق استعمالاً تعسفياً ، حتى ولو تحققت له منفعة عارضة لا يقصدها .

فيعد متعسفاً فى استعمال حقه ، المالك الذى يبنى أشجاراً فى أرضه بقصد حجب الضوء عن جيرانه ، حتى ولو عادت هذه الأشجار بمنفعه على أرضه ، ما دام أن غرضه الاساسى كان الإضرار بالغير[٢٥٠].

---

[٢٥٠] **انظر :** ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى صادق ، مرجع سابق ، ص ٣٨٩ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع

كما يعد متعسفاً أيضاً من يبنى حائطاً مرتفعاً فى ملكه ويطليه باللون الأسود لحجب الضوء والهواء عن جاره ، وكذا يعد متعسفاً المالك الذى يقيم مدخنة بسطح منزله تواجه تماماً نافذة جاره بقصد إيذائه [٢٥١] .

ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات توافر قصد الإضرار بالغير ، وله أن يستعين بجميع طرق الإثبات ، ولا يكفى إثبات تصور احتمال وقوع الضرر للغير ، نتيجة استعمال صاحب الحق لحقه ، بل يجب إثبات قصد الإضرار بالغير[٢٥٢] .

ويعتبر القضاء انعدام المصلحة لدى صاحب الحق ، قرينه على أنه لا يقصد من استعماله لهذا الحق سوى الإضرار بالغير [٢٥٣].

الحالة الثانية : انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذى يلحق بالغير

ويكون صاحب الحق متعسفاً أيضاً فى استعماله ، ولو كان يقصد من هذا الاستعمال تحقيق مصلحة شخصية له ، ما دام أن هذه المصلحة لا تتناسب على الاطلاق وما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال ، شريطة أن يكون التفاوت شاسعاً[٢٥٤] .

ومن الأمثلة على ذلك ، حالة ما إذا قامت إحدى السيدات ببناء فيلا على أرض تملكها وأثناء البناء تعدت بحسن نية على جزء ضئيل من أرض

سابق ، ص ٣٤٣ ؛ ا.د رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٤٣٥ .

[٢٥١] **انظر :** ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٣٤٣ .

[٢٥٢] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٥٣ ؛ ا.د احمد عبد الحميد عشوش ؛ د. سعيد فهمى صادق ، مرجع سابق ، ص ٣٩٠ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص٣٤٣ .

[٢٥٣] **انظر :** د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص ٢٦١ ؛ ا.د محمد على عمران ؛ ا.د فيصل زكى عبد الواحد ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦.

[٢٥٤] **انظر :** ا.د محمد شكرى سرور ، مرجع سابق ، ص ٣١٢ .

جارها يبلغ مترين ، فإن تمسك الجار بضرورة هدم البناء كان متعسفاً فى استعمال حقه ؛ لأن الإضرار الناجمة عن هدم فيلا ضخمة لا تتناسب على الاطلاق مع المزايا التى ستعود على صاحب الأرض باسترداده المساحة اليسيرة التى تعدت عليها السيدة ، ويجوز للمحكمة أن تجبر صاحب الأرض على قبول التعويض من هذه السيدة عن قيمة الجزء المشغول فى أرضه تعويضاً عادلاً ، مما يستتبع معه رفض إصراره على هدم الفيلا[٢٥٥] .

ويلاحظ على هذا المعيار أنه موضوعى لا شخصى ، يتعلق بتفاهة المنفعة وجسامة الضرر ، وهو ما تقدره المحاكم حسب ظروف وملابسات كل حالة [٢٥٦].

وقد طبق المشرع هذه الصورة من صور التعسف فيما نصت عليه المادة ٨١٨ / ٢ مدنى بأنه " ليس لمالك الحائط أن يهدمه دون عذر قوى إذا كان يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط ".

فإذا لم يكن لدى مالك الحائط مصلحة مقبولة تبرر هذا الهدم ، فإنه يعد متعسفاً فى استعمال الحق ، نظراً للضرر الجسيم الذى سيلحق بالجار نتيجة القيام بذلك الهدم [٢٥٧].

الحالة الثالثة : قصد تحقيق مصلحة غير مشروعة

يُعد الشخص متعسفاً فى استعمال حقه ، لو كان يقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة ، كرب العمل الذى يقوم بفصل عامل بسبب مذهبه السياسى أو عقيدته الدينية أو بسبب إنضمامه ، أو رفض إنضمامه ، إلى نقابة معينة [٢٥٨].

---

[٢٥٥] **انظر :** ا.د نعمان محمد خليل جمعة ، مرجع سابق ، ص ٥٨٣ ، د. محمد عبد الوهاب خفاجى ، مرجع سابق ، ص٢٦٣ .

[٢٥٦] **انظر :** ا.د جلال على العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٩٠ ؛ ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٣٤٥ .

[٢٥٧] **انظر :** ا.د احمد شوقى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص ١٥٤ .

[٢٥٨] **انظر :** ا.د جلال محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص ٣٤٦ .

وكذلك قيام شخص بإدارة مسكنه كمنزل للدعارة أو لتناول المخدرات ، وكذا مالك المنزل الذى يصدر ضوضاء من شقته لإقلاق راحة المستأجر بقصد حملهم على ترك منزله ، وكمن يقيم أعمدة خرسانية عالية فى أرضه المجاورة للمطار ، بقصد حمل شركة الطيران على شراء أرضه بسعر مرتفع ، وكذلك المالك الذى يطالب باخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته للسكن فيه ، بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون[٢٥٩] .

[٢٥٩] **انظر :** ا.د جلال على العدوى ؛ د. رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٢٩١ .

الفهـــــرس